

**DIE BEGRÜNDUNG UND BEENDIGUNG
DER RECHTSSTELLUNG VON ORGANMITGLIEDERN
JURISTISCHER PERSONEN IM HANDELSRECHT**

- dargestellt am Beispiel des Vorstandsmitgliedes
einer Aktiengesellschaft -

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft
(Dr. jur.)

von

WOLFGANG MACK

Assessor

aus

Mainz

1974

Digitized by the Internet Archive
in 2026

**DIE BEGRÜNDUNG UND BEENDIGUNG
DER RECHTSSTELLUNG VON ORGANMITGLIEDERN
JURISTISCHER PERSONEN IM HANDELSRECHT**

- dargestellt am Beispiel des Vorstandsmitgliedes
einer Aktiengesellschaft -

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft
(Dr. jur.)

von

WOLFGANG MACK

Assessor

aus

Mainz

Die Begründung und Begründung
der Rechtfertigung von Organisationsmaßnahmen
juristischer Personen im Handelsrecht

Gezeigt am Beispiel des Vorstandes
einer Aktiengesellschaft

Disputation

Vorgelegt der Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
in Erfüllung des Glanz einer Doktor der Rechtswissenschaften
(Dr. rer. jur.)

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dieter Heckelmann
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Walther Hadding

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Februar 1974

MEINEN ELTERN

Herrn Prof. Dr. Horst Bartholomeyczik schulde ich für
seine Unterstützung und Betreuung besonderen Dank.

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einleitung	1
1) Gegenstand der Untersuchung	1
2) Gang der Untersuchung	3
Erster Teil	
A Der Meinungsstreit und die Reform des Aktienrechts	5
B Die Dualistische Theorie	6
I Die Bestellung	6
1) Das Verfahren	6
2) Die rechtlichen Merkmale der Bestellung	9
3) Die Rechtsfolgen bei unter- schiedlicher Einordnung der Bestellung	10
a) Die Einordnung als ein- seitiges Rechtsgeschäft	10
b) Die Einordnung als Vertrag	10
4) Zusammenfassung	14
II Der Anstellungsvertrag	15
1) Der Abschluß des Anstellungs- vertrages	15
2) Die rechtlichen Merkmale des Anstellungsvertrages	16
a) Das Vorstandsmitglied ist kein Arbeitnehmer	16
b) Die Rechtsfolgen des An- stellungsvertrages	18
c) Der Inhalt des Anstellungs- vertrages	19

	Seite
III Das Verhältnis Anstellungsvertrag - Bestellung	21
C Die Monistische Theorie	23
I Die Meinung v. Godins	23
II Die Meinung Ritters	23
III Sonstige Meinungen	24
D Untersuchung der Auswirkungen der beiden Theorien bei der Rechtsanwendung	25
I Vergleich der Meinungen	25
II Dauer der Bestellung nach beiden Theorien und der Einfluß der Dauer der Bestellung auf die Dauer des Anstellungsvertrages nach der Dualistischen Theorie	25
1) Die gesetzliche Regelung und der Gesetzeszweck	26
a) Bestellung	26
b) Anstellung	27
2) Beginn der Fünfjahresfrist	29
a) Bestellung	29
b) Anstellung	29
3) Überschreitung der Fünfjahresfrist bei Bestellung und Anstellung	30
4) Unbestimmte Dauer	31
a) Bestellung	31
b) Anstellung	33
5) Die Mindestdauer von Bestellung und Anstellungsvertrag	33
6) Die Verlängerungsklausel im Anstellungsvertrag	36

	Seite
a) Die wiederholte Bestellung und die Verlängerung der Amtszeit b) Die Verlängerungsklausel im Anstellungsvertrag 7) Zwischenergebnis	36 38 38
III	Der Widerruf der Bestellung und die Kündigung des Anstellungsvertrages
1) Die gesetzlichen Bestimmungen 2) Die Rechtswirkungen a) Dualistische Theorie b) Monistische Theorie - aa) Die Ansicht Ritters - bb) Die Ansicht v. Godins 3) Die Auswirkungen der beiden Theorien bei der Rechtsanwendung a) Fallgestaltungen, bei denen kein Unterschied besteht b) Fallgestaltung, bei der an- geblich ein Unterschied fest- stellbar ist	39 39 43 43 47 47 48 50 51 53
IV	Der Widerruf der Bestellung und die Umgehung des wichtigen Grundes nach § 84 III ₁
1) Befristeter Widerruf bei der Be- stellung auf unbestimmte Zeit? 2) Widerruf der Bestellung durch ordentliche Kündigung des An- stellungsvertrages?	57 59

	Seite
3) Bedingte Bestellung und bedingte Anstellung	61
a) Die aufschiebende Be- dingung	63
b) Die auflösende Bedingung	64
aa) bei der Bestellung	64
bb) bei dem Anstellungs- vertrag	65
4) Zwischenergebnis zu III und IV	66
V Sonstige Beendigungsgründe	67
1) Der Tod des Vorstandsmitgliedes und der Ablauf der Amtszeit	67
2) Die Auflösung der Gesellschaft	67
3) Der Konkurs der Gesellschaft	70
4) Die gesetzliche Unfähigkeits- gründe	72
5) Die in der Satzung festgelegten Unfähigkeitsgründe	73
6) Die Anfechtbarkeit	74
7) Zwischenergebnis	76
VI Zusammenfassung des ersten Teils, zugleich Ausblick auf den zweiten Teil	77
Zweiter Teil	79
I Entwicklung und Begriff der "Abstraktion" der Vertretung beim Rechtsgeschäft	79
II Kritik an der Bezeichnung "Abstrak- tion", zugleich Kritik an der isolierenden Betrachtungsweise	86

	Seite
III Die Vertretung	88
1) Die Vollmacht nach Bürgerlichem Recht	88
2) Die organschaftliche Vertretung	91
3) Zwischenergebnis	94
4) Die Vertretung bei den Personalgesellschaften	95
5) Zwischenergebnis	96
IV Der rechtliche Gehalt des Innenverhältnisses	97
1) Bei der Vollmacht bürgerlichen Rechts	97
2) Bei den Organmitgliedern	101
3) Zwischenergebnis	107
V Die Notwendigkeit der Pflichtbindung des Organmitgliedes und die Monistische Theorie	107
Zusammenfassende Darstellung der Ergebnisse	112

LITERATURVERZEICHNIS

- AkDR - Bericht siehe Ausschuß
- Auffahrt - Müller Kündigungsschutzgesetz, Handkommentar der Praxis, erl. von F. Auffahrt und G. Müller, Berlin und Frankfurt 1960
- Ausschuß für das Recht der Personengesellschaften der Akademie für Deutsches Recht; Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Das Recht der Personengesellschaften 1. Teil - Die Kommanditgesellschaft. München und Berlin 1939
- Ballerstedt, Kurt Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß für Stellvertreter, AcP 151, S. 501 ff
- Baltzer, Johannes Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, Köln und Berlin 1965
- Bartholomeyczik, Horst Die juristische Person im Privatrecht, in: Die Rechtsentwicklung der Jahre 1933 bis 1935/36, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Band VIII, S. 292 ff, Berlin und Leipzig 1939; zitiert: Jur. Person
- derselbe Der Körperschaftsbeschluß als Rechtsgeschäft, ZHR 105, S. 293 ff
- derselbe Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß, AcP 144 (NF 24), S. 287 ff, zitiert: Anfechtung
- derselbe Die Kunst der Gesetzesauslegung, Eine wissenschaftliche Hilfe zur praktischen Rechtsanwendung, 3. Aufl. Frankfurt 1965, zitiert: Kunst
- Baumbach - Hueck Kommentar zum Aktiengesetz, begründet von A. Baumbach, fortgeführt von A. Hueck-G.Hueck unter Mitwirkung von J. Schulze, 13. Aufl. München 1968

- Beitzke, Günther Familienrecht, 16. Aufl. München 1972
- Beuthien, Volker Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 25, Tübingen 1969
- Biedermann, Harras Die Bestellung der Organe handelsrechtlicher Kapitalgesellschaften und ihr Widerruf, Diss. Leipzig 1938
- Binder, Julius Besprechung von S. Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung, Kritische Viertelsjahresschrift, Band 46 (3.Folge Band 10), S. 347 ff
- Bobrowski - Gaul Das Arbeitsrecht im Betrieb - von der Einstellung bis zur Entlassung. Begr. von P. Bobrowski, weitergef. von D. Gaul, 6. Aufl. Heidelberg 1970
- Böhle - Stamschräder Kommentar zur Konkursordnung, von A. Böhle-Stamschräder, 9. Aufl. München 1969
- Boer, Friedrich Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Gruchots Beitr. 54 (1910) S. 493 f
- Brand, Arthur Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, Berlin 1911
- Brodmann, Erich Kommentar zum Aktienrecht (Gewerbe- und Industriekommentar), Berlin und Leipzig 1928
- Buchner, Herbert Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften, AcP 169 (NF 49), S. 483 ff
- Bürck, Harald Selbstorganschaft oder Drittorganschaft in OHG und KG, Diss. Kiel 1968

- Dersch Die Rechtstellung von Organmitgliedern juristischer Personen und Gesellschaften im Arbeitsrecht und in der Sozialversicherung, RdA 1951, S. 212 ff
- Dietel, Peter Der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied bei Vertrauensentzug der Hauptversammlung, Diss. Köln 1965
- Dietrich, Hugo Zum neuen Aktiengesetz, JW 1937, S. 649 ff
- Dietz-Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage, München 1973
- Dölle, Hans Juristische Entdeckung, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Band II, B 1 ff, Tübingen 1959
- Duden, Konrad Abberufung eines Vorstandsmitgliedes durch den Aufsichtsrat wegen Vertrauensentzugs durch die Aktionäre, BB 1961, S. 225 ff
- v.Eckartsberg, Karl Die Anstellungsverträge der Organmitglieder im Konkurs handelsrechtlicher Körperschaften, 1932
- Ehrenberg, Victor Handbuch des gesamten Handelsrechts, Dritter Band, Abteilung I, Leipzig 1916, Bearbeiter: Fischer, zitiert: Fischer, Ehrenberg
- Ennecerus - Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958
- Ennecerus - Nipperdey Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959
- Erman - Bearbeiter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, bearb. von Arndt, Bartholomeyczik, Böhle-Stamschräder, Drees u.a., 1. und 2. Band, 5. Auflage Münster 1972
- Esser, Josef Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. Karlsruhe 1960, zitiert:SchuR
- derselbe Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil,

4. Aufl. Karlsruhe 1970, zitiert: SchuRAT
- Eucken, Walter Grundsätze der Wirtschaftspolitik,
3. Aufl. Tübingen und Zürich 1960
- Fischer, Robert Anmerkung zu BGH, LM Nr. 1 zu
§ 75 Aktiengesetz 1937
- Fischer, Ehrenberg s. Ehrenberg, Victor
- Fitting-Auffarth-Kaiser Betriebsverfassungsgesetz,
Handkommentar, 10. Aufl., München 1972
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft,
Berlin, Heidelberg, New York 1965
- Frels, Gerhard Zur Wiederbestellung von Vorstands-
mitgliedern nach Aktienrecht, ZAkDR,
1942 S. 257 f
- Frels, Harro Die Geschäftsverteilung im Vorstand
der Aktiengesellschaft, Zeitschrift für
das gesamte Handelsrecht und Konkurs-
recht, Band 122 (1959), S. 8 ff
- derselbe Handelsregisterliche Fragen bei der Vor-
standsbestellung, AG 1967, S. 227 ff
- Galperin - Siebert Kommentar zum Betriebsverfassungs-
gesetz, 4. Aufl. Heidelberg 1963
- Ganßmüller, H. Anmerkung zur Entscheidung des
BGH vom 14.7.1966 (II ZR 212/64),
GmbH-Rundschau 1966, S. 277 ff
- Gerlach, Hans Die Anstellung eines Vorstandsmitglie-
des einer Aktiengesellschaft ohne Be-
schluß des Aufsichtsrats und deren
Folgen, AG 1965, S. 251 ff
- v. Gierke, Julius Die automatische Verlängerung der
Vorstandsmitgliedschaft bei der Aktien-
gesellschaft und einem großen Versiche-
rungsverein auf Gegenseitigkeit, ZHR
114, (1951) S. 161 ff

- derselbe Handelsrecht und Schiffahrtsrecht,
8. Aufl. 1958
- v. Gierke, Otto Die Genossenschaftstheorie und die
deutsche Rechtsprechung (Nachdruck der
Ausgabe 1887), Berlin, Hildesheim 1963
- derselbe Deutsches Privatrecht I, Band 1:
Allgemeiner Teil und Personenrecht,
Leipzig 1895
- Glueck, Christian Friedrich Pandekten XV (1813),
Ausführliche Erläuterung der Pandekten
nach Hellfeld
- Godin, R. Freiherr von Über die Natur des Vorstands-
vertrages, ZAKDR 1938 S. 596
- Godin - Wilhelmi Kommentar zum Aktiengesetz
1. Aufl. Berlin, Leipzig 1937,
zitiert: 1. Aufl.,
2. Aufl. Berlin 1950, zitiert: Godin-
Wilhelmi §, erläutert von R.v.Godin-
H. Wilhelmi,
3. Aufl. Berlin 1967, Band I (§§ 1-178),
zitiert: 3. Aufl., erläutert von
H. Wilhelmi, S. Wilhelmi
4. Aufl. Berlin 1972, Band I (§§ 1-178),
zitiert: 4. Aufl., erläutert von S. Wil-
helmi
- Gogos, Demetrius Die Geschäftsführung bei der
offenen Handelsgesellschaft, Tübingen
1953
- Großkommentar der Praxis Kommentar zum Aktien-
gesetz, (Gadow, Heinichen, E. Schmidt,
W. Schmidt, Weipert)
2. Aufl., bearbeitet von Barz, Fischer,
Klug, Mellerowicz, Meyer-Landrut u.a.
1. Band (§§ 1-144), Berlin 1961
2. Band (§§ 145-304), Berlin 1965,
zitiert: Groß
3. Aufl.
1. Band, 2. Lieferung (§§ 54-94), bearbei-
tet von Barz, Meyer-Landrut, Schilling,
zitiert: Groß 70

- Grub Rechtliche Stellung der Organmit-
glieder juristischer Personen, Arbeits-
recht-Blattei, Juristische Personen I
- Hachenburg, Max Wandlungen im Wesen der AG und
ihre Folgen, in: Die Reform des Aktien-
rechts, S. 55 ff, Köln 1930
- Haupt - Reinhardt Gesellschaftsrecht
4. Aufl. Tübingen 1952
- Hefermehl, Wolfgang Zur Höchstdauer der Vorstands-
verträge bei Aktiengesellschaften,
DJ 1942, S. 619 ff
- derselbe Anmerkung zur Entscheidung BGHZ,
3, 90 ff in: NJW 1951, S. 881 f
- Herold, Hermann Der Vorstand der Aktiengesell-
schaft, Fragen der Praxis,
Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und
Börsenwesen, 1937/38, S. 492 ff
- Herschel, Wilhelm Bedingte Bestellung des Arbeits-
direktors, RdA 1962, S. 413 ff
- Herschel - Steinmann W. Herschel-G. Steinmann,
Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz,
5. Aufl., Heidelberg 1961
- Hess, Frieder Drittorganshaft bei Personengesell-
schaften des Handelsrechts, Diss.
Freiburg 1971
- Hueck, Alfred Anmerkung zur Entscheidung BGHZ 10,
187 ff, in RdA 1953, S. 478 f
- derselbe Die Rechtsstellung der Mitglieder von
Organen der juristischen Personen,
DB 1954 S. 274 ff
- derselbe Gedanken zur Reform des Aktienrechts
und GmbH-Rechts, Berlin 1963
- derselbe Das Recht der offenen Handelsgesellschaft,
4. Aufl., Berlin 1971
- derselbe Kündigungsschutzgesetz, Kommentar,
8. Aufl., München 1972

- Hueck - Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts,
I. Band bearb. von A. Hueck, 7. Aufl.
1963
- Jaeger - Lent Kommentar zur Konkursordnung mit Ein-
führungsgesetzen, begr. von E. Jaeger,
bearb. von F. Lent, 8. Aufl. 1958
- Jagenburg, Walter Aktienrecht als Organisationsrecht,
AG 1965, S. 156 ff
- Kaskel - Dersch Arbeitsrecht, begr. von W. Kaskel,
bearb. von H. Dersch, 5. Aufl. Berlin
1957
- Kipp, Theodor Zur Lehre von der Vertretung ohne
Vertretungsmacht, in: Die Reichsgerichts-
praxis im Deutschen Rechtsleben, Band II,
1929, S. 273 ff
- Klausing, F. Das Gesetz über Aktiengesellschaften
und Kommanditgesellschaften auf Aktien
vom 30.1.1937 mit Amtl. Begründung,
Berlin 1937
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Herausg. W. Zöllner,
Band 1 3. Lieferung (§§ 76-94), bearb.
von H.J. Mertens, Köln, Berlin, Bonn,
München 1970
- Koenige, H. Handausgabe des Handelsgesetzbuches,
bearb. von H. Koenige, R. Teichmann u.a.
3. Aufl. Berlin, Leipzig, Mannheim 1932
- Kohler, Josef Der Gläubigerverzug, ArchBürgR, Band 13
(1897) S. 149 ff
- Kronstein, Heinrich Vorstandsbestellung und Vorstands-
anstellung, Zentralblatt für Handels-
recht, 1932, Band 7, S. 127 ff
- Kropff, B. Aktiengesetz 1965 (Textausgabe, Ein-
führungsgesetz, Begründung des Rechts-
ausschusses des Bundestages). Zusammen-
gestellt von B. Kropff, Düsseldorf 1965

- Laband, Karl Die Stellvertretung bei dem Abschluß
von Rechtsgeschäften nach dem allge-
meinen Deutschen Handelsgesetzbuch,
ZHR 10, (1866) S. 183 ff
- Lange, Heinrich Vom alten zum neuen Schuldrecht,
Hamburg 1934
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen Bürger-
lichen Rechts, 2. Aufl., München 1972
- derselbe Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
2. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York
1969
- Lehmann, Heinrich Stellvertretung, in: Die Rechts-
entwicklung der Jahre 1933 bis 1935/36,
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft,
Band V, S. 694 ff, Berlin, Leipzig
- Lehmann, Karl Das Recht der Aktiengesellschaft, Band 2,
Neudruck der Ausgabe Berlin 1904,
Aalen 1964
- Lehmann - Dietz H. Lehmann-R. Dietz, Gesellschafts-
recht, 3. Aufl. Berlin, Frankfurt 1970
- Lehmann - Hübner H. Lehmann-H. Hübner, Allgemeiner
Teil des Bürgerlichen Rechts, 16. Aufl.
Berlin 1966
- Lenel, Otto Stellvertretung und Vollmacht, Jherings
J, Band 36 (N.F.XXIV), 1896, S. 1 ff
- Lotmar, Philipp Der Arbeitsvertrag, II. Band,
Leipzig 1908
- Marsilius, Georg Das Weisungsrecht der Hauptver-
sammlung an den Vorstand der Aktien-
gesellschaft, AG 1961, S. 278 ff
- Mentzel - Kuhn Kommentar zur Konkursordnung, von
F. Mentzel, bearb. von G. Kuhn,
7. Aufl. 1962
- Mestmäcker, Ernst-Joachim Verwaltung, Konzerngewalt
und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe
1958

- Meyer, Herbert Öffentliches und Privatrecht nach
 germanischer Anschauung, ZAkDR 1935
 S. 49 ff
- Mitteis, Ludwig Die Lehre von der Stellvertretung,
 nach römischem Recht mit Berücksichtigung
 des österreichischen Rechts (Neudruck
 der Ausgabe Wien 1885), Aalen 1962
- Möhring, Philipp Das neue Aktiengesetz, NJW 1966, 6ff
- Möhring - Schwartz Die Aktiengesellschaft und ihre
 Satzung, 2. Aufl. von Möhring-Schwartz,
 Satzungsgestaltung nach neuem Aktien-
 recht, neu bearbeitet von H. Rowedder
 und H. Haberlandt, Berlin und Frankfurt
 1966
- Molitor, E. Die Bestellung zum Vorstandsmitglied
 einer Aktiengesellschaft, ihre Voraus-
 setzungen und Folgen, in Festschrift
 der Leipziger Juristenfakultät für
 Victor Ehrenberg, Leipzig 1927, S. 41ff, zit.:
 Molitor, Ehrenberg-Festschrift.
- derselbe Die Rechtsverhältnisse der Vorstandsmit-
 glieder, AG 1957, S. 193 ff
- Müller-Erzbach, Rudolf Deutsches Handelsrecht,
 2./3. Aufl. Tübingen 1928
- derselbe Das private Recht der Mitgliedschaft als
 Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens,
 Weimar 1948
- Müller - Freienfels, Wolfram Die Vertretung beim
 Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
- Natzel, Benno Das Rechtsverhältnis zwischen Aufsichts-
 ratsmitglied und Gesellschaft unter be-
 sonderer Berücksichtigung des Mitbe-
 stimmungsrechts, DB 1959, S. 171 ff,
 201 ff
- Nikisch, Arthur Arbeitsrecht, Band I Allgemeine
 Lehren und Arbeitsvertragsrecht,
 3. Aufl. 1961

- Nitschke, Manfred Die körperschaftlich strukturierte
Personengesellschaft, Bielefeld 1970
- Oertmann, Paul Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, AcP, Band 116 (1918) S. 1 ff
- derselbe Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927
- Pakebusch, Ernst Die arbeitgeberähnlichen Personen und ihre arbeitsrechtliche Stellung, Diss. Köln 1961
- Palandt - Bearbeiter Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, bearb. von B. Danckelmann, M. Degenhart, H. Heinrichs u.a., 33. Aufl., München 1974
- Planck - Bearbeiter Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
1. Band, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), Bearb. Knoke, Strecker, Flad
4. Aufl. Berlin 1913
2. Band 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil, §§ 241 - 243), Bearb. Siber, Berlin 1914
- Pleyer, Klemens Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17.4.1958 (II ZR 222/56), GmbH-Rundschau 1958, S. 148 ff
- Preuß, Hugo Stellvertretung oder Organschaft? Eine Replik, Jherings J 8, S. 429 ff
- Puchta, Georg Friedrich Pandekten, 12. Aufl. von Th. Schirmer, Leipzig 1877
- Reinhardt, Rudolf Gesellschaftsrecht, Ein Lehrbuch, Tübingen 1973
- RGRK - Bearbeiter Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
I. Band, 1. Teil, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), Bearb. Denecke, Kregel, Krüger-Nieland u.a.
11. Aufl. Berlin 1959

- I. Band, 2. Teil, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 241 - 432), Bearb. Nastelski, Wilde, Fischer
11. Aufl. Berlin 1960
- II. Band, 2. Teil, Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 705-853), Bearb. Fischer, Kuhn, Schettler u.a.
11. Aufl. Berlin 1960
- Richert Zur Frage der Amtsniederlegung des Vereinsvorsitzenden, SchlHolstAnz. (Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein) 1956, S. 194 ff
- Ring - Schachian V.Ring-H.Schachian, Die Praxis der Aktiengesellschaft, bearb. von Dalberg, Goldschmit, Hummel u.a., Berlin und Leipzig 1929
- Ritter, Carl Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. des Kommentars zum Handelsgesetzbuch, Buch 2, Abschnitt 3, 4, Berlin und München 1939
- Seeberg, Heinrich Die Hapag und der Großaktionär, Der Volkswirt 1958, S. 559 ff
- v. Seeler, W. Vollmacht und Scheinvollmacht, Arch-BürgR, Band 28 (1906), S. 1 ff
- Siebert, Wolfgang Zur Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 95, S. 629 ff
- Siegelmann, Heinrich Die Stellung des Vorstandes, des Aufsichtsrates und der Hauptversammlung nach der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Aktiengesellschaft, DB 1967, S. 1029 f

Soergel - Siebert - Bearbeiter Th. Soergel-W.Siebert,
 Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
 I. Band, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240),
 Bearb. Reimer Schmidt, Schulze-v.
 Lasaulx, Baur, Hefermehl u.a.
 II. Band, Schuldrecht I (§§ 241 - 610),
 Bearb. Reimer Schmidt, Knopp, Lippisch
 u.a.
 III. Band, Schuldrecht II (§§ 611 - 853),
 Bearb. Wlotzke-Volze, Ballerstedt, Mor-
 mann u.a.

10. Aufl. Berlin, Köln, Mainz, Stuttgart
 1967

Staub - Pinner Staub's Kommentar zum Handelsgesetz-
 buch, Zweiter Band (§§ 178-342), bearb.
 von W. Schmidt, H. Pinner, A. Pinner,
 14. Aufl. Berlin, Leipzig 1953

Staudinger - Bearbeiter J.v.Staudingers Kommentar
 zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
 I. Band, Allgemeiner Teil (§§ 1-240),
 Bearb. Brändl, Coing
 11. Aufl. Berlin 1957
 II. Band, Teil 1 c, Recht der Schuldver-
 hältnisse (§§ 249 - 327), Bearb. W.Kaduk
 10./11. Aufl. Berlin 1967

II. Band, 3. Teil, Recht der Schuldver-
 hältnisse (§§ 611-704), Bearb. Nipper-
 dey-Mohnen, Neumann, Riedel
 11. Aufl. Berlin 1958
 V. Band, Erbrecht, 1. Teil, Bearb.
 G. Boehmer, H. Lehmann, K. Seybold
 11. Aufl. Berlin 1954

Stoll, Heinrich Der Mißbrauch der Vertretungs-
 macht, in: Festschrift Heinrich Lehmann,
 1937, S. 115 ff

- Strauß, Walter Die Rechtsstellung des Aktionärs,
Marburger Aussprache zur Aktienrechts-
reform, Marburg 1959, S. 15 ff
- Swoboda, Ernst Auftrag und Vollmacht, ZAkDR 1937
S. 333 ff
- Schlegelberger - Bearbeiter Handelsgesetzbuch, erl.
von F. Geßler, W. Hefermehl, W. Hilde-
brandt, G. Schröder, Band II (§§105-342)
3. Aufl. 1955, 4. Aufl. 1963
- Schlegelberger - Quassowski Schlegelberger-Quassowski,
Herbig-Geßler-Hefermehl, Aktiengesetz,
Kommentar
3. Aufl. Berlin 1939
- Schloßmann, Siegmund Die Lehre von der Stell-
vertretung, insbesondere bei obligato-
rischen Verträgen,
Erster Teil, Kritik der herrschenden
Lehre, Leipzig 1900
Zweiter Teil, Versuch einer wissen-
schaftlichen Grundlegung, Leipzig 1902
- Schmidt, Walter Anmerkung zum Urteil des BGH vom
11.7.1951 (II ZR 118/50) BGHZ 3, 90 ff,
JZ 1951, S. 689 f
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig Probleme des Mitbe-
stimmungs - Ergänzungsgesetzes, RdA
1963, S. 249 ff
- derselbe Bemerkungen zum Aktienrecht, DNotZ 1963,
S. 404 ff
- derselbe Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954
- Scholz, Franz Der wichtige Grund SJZ 1949, S. 2 ff
- Schott, Clausdieter Der Mißbrauch der Vertretungs-
macht, AcP 171 (n.F.51), 1971, S. 387 ff
- Tank, Gerhard Der Mißbrauch von Vertretungsmacht
und Verfügungsbefugnis, NJW 1969,
S. 6 ff

- Teichmann, Arndt Die Gesetzesumgehung, Göttingen
1962
- Teichmann - Koehler R. Teichmann - W. Koehler,
Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl.,
Heidelberg 1950
- v. Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeine
Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910
- Titze, Heinrich Das kaufmännische Hilfspersonal,
in: Ehrenberg, Victor, Handbuch des ge-
samten Handelsrechts, 2. Band 1918,
S. 545 ff
- Trinkhaus, Hans Aktuelle Probleme des Rechts der
leitenden Angestellten (im weitesten
Sinne), DB 1968, S. 1756 ff
- Vischer, Wolfgang Die Abberufung von Vorstandsmit-
gliedern der Aktiengesellschaft, Diss.
Köln 1965
- Wellspacher, Moritz Das Vertrauen auf äußere Tatbe-
stände im bürgerlichen Recht, Wien 1906
- Westermann, Harm Peter Vertragsfreiheit und
Typengesetzlichkeit im Recht der Personen-
gesellschaften, Berlin, Heidelberg,
New York 1970
- Westermann, Harry Rechtsstreitigkeiten um die Rechte
aus § 90 Aktiengesetz, in: Festschrift
für Eduard Bötticher, Berlin 1969,
S. 369 ff
- Wiedemann, Herbert Die Übertragung und Vererbung von
Mitgliedschaftsrechten bei Handelsge-
sellschaften, München und Berlin 1965
- Wieland, Karl Handelsrecht, Zweiter Band, Die Kapital-
gesellschaften, München und Leipzig 1931

- Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandekten-
rechts, Band I, 7. Aufl. Frankfurt 1891
- Wolff, Hans-Julius Organschaft und juristische Per-
son. Untersuchungen zur Rechtstheorie
und zum öffentlichen Recht. Band 2:
Theorie der Vertretung. Stellvertretung,
Organschaft und Repräsentation als
soziale und juristische Vertretungsfor-
men. Berichtigter Neudruck der Ausgabe
Berlin 1933 - 1934
- Würdinger, Hans Aktien- und Konzernrecht, Eine
systematische Darstellung, 3. Aufl.
Karlsruhe 1973
- Zöllner, Wolfgang Die Schranken mitgliedschaftsrecht-
licher Stimmrechtsmacht bei den privat-
rechtlichen Personenverbänden, München
und Berlin 1963

E i n l e i t u n g

=====

1. Gegenstand der Untersuchung

Die Arbeit befaßt sich mit einem Teilbereich des Organisationsrechtes der juristischen Personen des Handelsrechts, und zwar mit den rechtlichen Beziehungen zwischen der juristischen Person und den Mitgliedern ihrer Organe.

Für die juristische Person ist anerkannt (§ 76 III)¹⁺, daß eine Teilnahme am Rechtsverkehr nur möglich ist, wenn natürliche Personen für die juristische Person wollen und handeln. Dabei ist allerdings streitig, ob dieses Wollen und Handeln als solches der juristischen Person selbst gedacht werden muß (Organtheorie) oder ob nur die Rechtswirkungen zugerechnet werden (Vertretertheorie)². Indem man dabei "in unwillkürlicher antropomorpher Vorstellung an den menschlichen Körper als Vorbild denkt"³, bezeichnet man diese natürlichen Personen in ihrer Stellung als notwendige Vertreter⁴, als Organe.

1⁺) §§ ohne Gesetzesangabe sind im folgenden solche des AktG 1965. Vorschriften des AktG 1937 werden mit dem Zusatz a.F. gekennzeichnet.

2) s. dazu die Darstellung bei Ennecerus-Nipperdey § 103 IV, S. 165 ff.

3) v. Tuhr, S. 460

4) Bartholomeyczik, Anfechtung, S. 304/305

Unter dem Begriff "Organ" versteht man aber ein Doppeltes:

Einmal ist Organ der Inbegriff des durch die Organisationsnormen begründeten Kompetenzkomplexes¹, d.h. des Komplexes von Aufgaben und Macht² - oder eine Einrichtung des Sozialrechts³, der mit einem eigenen Namen bedachte Teil der Organisation der Personenmehrheit.

Zum anderen ist Organ auch die zu einer ersetzenden Funktion berufene natürliche Person in konkreter Tätigkeit⁴ (organschaftlicher Funktion) für die juristische Person. Dieses Organ im zweiten Sinn, die zur Wahrnehmung der Funktion berufene natürliche Person, wird im folgenden als Organmitglied (andere Bezeichnungen sind: Organperson, Organwalter, Organsubjekt) bezeichnet⁵, ihre Rechtsstellung als Organstellung und ihre Tätigkeit als organschaftliches Wollen und Handeln.

Die rechtliche Stellung dieser Organmitglieder gegenüber der juristischen Person, die Gegenstand der folgenden Untersuchung sein soll, ist seit jeher umstritten. Insbesondere ist streitig, ob neben der Berufung in die Organstellung (Bestellung) mit der natürlichen Person noch ein Vertrag (Anstellungsvertrag) als schuldrechtliche Vereinbarung geschlossen werden muß. Die Theorien, die dies bejahen, werden, trotz teilweiser Abweichung in einzelnen Punkten, als "Dualistische Theorien" bezeichnet,

1) H.J. Wolff, S. 236

2) Baltzer, S. 29

3) im Sinne O.v.Gierkes, Deutsches Privatrecht, S. 26

4) Baltzer a.a.O.

5) Die Kritik von Mertens, KK § 76, 11 an dieser Unterscheidung ist nicht gerechtfertigt. Schon Ritter, § 70,3 hat darauf hingewiesen, daß nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes und der jur. Terminologie der Ausdruck "Vorstand" mehrdeutig ist.

denn bei den Vertretern dieser Meinung besteht Einigkeit darüber, daß die Rechtsstellung des Organmitglieds einerseits durch seine Organstellung und andererseits durch den mit der Gesellschaft abgeschlossenen Anstellungsvertrag bestimmt wird. Andere nehmen an, daß allein mit der Bestellung ein einheitliches Bestellungsrechtsverhältnis entsteht, durch das sich der Abschluß eines Anstellungsvertrages erübrige. Diese Theorie wird im folgenden als "Monistische Theorie" bezeichnet.

Der Streit der beiden Theorien ist besonders heftig entbrannt bei der Frage nach den Rechtsfolgen des Widerrufs der Bestellung des Organmitgliedes. Während die Monistische Theorie vom Erlöschen des einheitlichen Bestellungsrechtsverhältnisses und dem damit verbundenen Verlust der Gehaltsansprüche ausgeht, sind die Vertreter der Dualistischen Theorie der Meinung, daß mit dem Widerruf der Bestellung nicht notwendigerweise auch die Beendigung des Anstellungsvertrages und der Verlust der Gehaltsansprüche verbunden ist. Auch die sonstigen Streitigkeiten (z.B. über die Amtsdauer, die Möglichkeit der Verlängerung der Amtsdauer, die Gültigkeit von Verlängerungsklauseln) folgen aus der Annahme nur eines bzw. zweier Rechtsverhältnisse ("Bestellungsrechtsverhältnis" einerseits bzw. "Bestellungs- und Anstellungsverhältnis" andererseits).

2. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit wird im ersten Teil die verschiedenen Theorien darstellen. Dann wird untersucht, ob Dualistische und Monistische Theorie bei der Rechtsanwendung wirklich zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Dabei wird eine exemplarische Beschränkung in Kauf genommen. Wie nämlich schon Hueck¹ verdeutlicht hat, ergeben sich bei den ver-

1) DB 54, 274

schiedenen Gesellschaften in den Rechtsbeziehungen zwischen den Organmitgliedern und der juristischen Person "Unterschiede, teils aufgrund von Sonderbestimmungen der in Betracht kommenden Gesetze, teils weil die Verschiedenheit der zu erfüllenden Aufgaben, auch im Innenverhältnis zur juristischen Person, eine verschiedene Behandlung rechtfertigt". Es ist daher angebracht, die Darstellung bei einem bestimmten Organmitglied einer bestimmten juristischen Person zu beginnen und an diesem Beispiel die Streitigkeiten aufzuzeigen. Dies geschieht im folgenden am Beispiel des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft (AG), denn dessen Rechtsbeziehung zur AG ist in Literatur und Rechtsprechung am ausführlichsten behandelt worden. Bei dieser Untersuchung wird deutlich werden, daß der problematische Kern der Auseinandersetzung auf dem Gebiet des Stellvertretungsrechts, und zwar im Bereich der sogenannten Abstraktheit von Innen- und Außenverhältnis, liegt.

Im zweiten Teil werden die Gründe untersucht, die von Godin zur Begründung der Monistischen Theorie gerade in dem Zeitpunkt veranlaßt haben, in dem der Gesetzgeber im Aktiengesetz 1937 schärfer als in den bisherigen Regelungen des Handelsgesetzbuches zwischen Anstellung und Bestellung unterschied¹, in der Monistischen Theorie also eine vorweggenommene Kritik gewissermaßen am Festhalten des Gesetzgebers an der grundsätzlichen Trennung von Innen- und Außenverhältnis, von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht, gesehen werden kann.

Dabei wird weiterhin der Versuch unternommen, eine Systematik des Stellvertretungsrechts zu entwickeln und anhand dieser Systematik die beiden Theorien einzuordnen.

1) vgl. die Vorschriften § 231 HGB und § 75 AktG

E r s t e r T e i l

A Der Meinungsstreit und die Reform des Aktienrechts

Schon während der Geltung der §§ 173 - 334 HGB waren die rechtlichen Beziehungen zwischen den einzelnen Organmitgliedern und der juristischen Person umstritten¹. Auch das Aktiengesetz vom 30.1.1937 hat diese Streitigkeiten nicht beenden können², vielmehr haben die Kommentierungen von Ritter und von Godin - Wilhelmi³, die beide die Monistische Theorie vertraten, den Meinungsstreit zwischen den Vertretern der beiden Theorien erst zum Höhepunkt getrieben.

In der Literatur zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 ist dagegen der Meinungsstreit übereinstimmend für beendet erklärt worden. So führen von Godin - Wilhelmi⁴ aus, es könne dahingestellt bleiben, ob die Monistische Theorie zutreffend gewesen sei, denn sie sei vom Gesetzgeber jedenfalls nicht übernommen worden. Ähnlich argumentiert Mertens⁵, der erwähnt, daß der Gesetzgeber bei aller Anerkennung der engen Aufeinanderbezogenheit von Bestellung und Anstellung bewußt die Behauptung abgelehnt habe, beides sei ein einheitliches Rechtsgeschäft.

Mit dieser Argumentation kann aber ein Meinungsstreit, der über so viele Jahre hinweg Rechtsprechung und Literatur beschäftigt hat, nicht beendet sein.

1) s. dazu Molitor, Ehrenberg - Festschrift, S. 48
Fußnote 1

2) GroßK § 75 Anm. 1/I

3) Ritter 2. Aufl., von Godin-Wilhelmi 1. und
2. Auflage
jeweils zu § 75

4) 3. Auflage, § 84 Anm.3; anzumerken ist, daß der
Kommentar jetzt von Hans und Sylvester Wilhelmi
herausgegeben wird. Dto. 4. Auflage § 84, Anm. 3

5) KK § 84, Anm. 2

Dies kann schon deshalb nicht der Fall sein, weil zwar das Aktiengesetz 1937 in § 75 gegenüber der hier in Frage kommenden Vorschrift des § 231 HGB eine Abänderung im Wortlaut gebracht hat, nicht aber das Aktiengesetz 1965 in § 84 gegenüber dem § 75 a.F. In den hier entscheidenden Formulierungen des Gesetzes stimmen die Vorschriften wörtlich überein; die sonstigen Änderungen im Gesetzestext betreffen in keinem Fall den Meinungsstreit zwischen Monistischer und Dualistischer Theorie, vielmehr nur Probleme, die zwar umstritten waren, aber mit dem hier in Frage stehenden Theorienstreit nichts zu tun haben.

B Die Dualistische Theorie

Wie schon erwähnt ist für die Dualistische Theorie kennzeichnend, daß im Gegensatz zur Monistischen Theorie für den Erwerb der Vorstandsstellung zwischen "Bestellung" und "Anstellung" unterschieden wird. Es ist zu untersuchen, wie die Vertreter der Dualistischen Theorie die Merkmale und Wirkungen von Bestellung und Anstellung beurteilen und in welchem Verhältnis nach ihrer Meinung Bestellung und Anstellung zueinander stehen.

I Die Bestellung

1) Das Verfahren

Das Gesetz bestimmt in § 84 I 1 (§ 75 I. a.F.):
"Vorstandsmitglieder bestellt der Aufsichtsrat auf höchstens fünf Jahre." Dabei ist der Aufsichtsrat verpflichtet, die nach Gesetz (vgl. § 76 II) oder Satzung (vgl. § 23 Abs. V) erforderliche Anzahl von Vorstandsmitgliedern zu bestellen.

Die Bestellung erfolgt durch Beschluß des Aufsichtsrates (vgl. § 108). Entgegen der bisherigen Meinung in der Literatur¹, nach der der Aufsichtsrat aufgrund der Vorschrift des § 92 IV a.F. die Beschlußfassung einem Ausschuß übertragen konnte, hat nunmehr der Gesetzgeber in § 107 III₂ die Bestimmung getroffen, daß die Beschlußfassung nicht mehr auf einen Ausschuß übertragen werden darf. Zulässig ist damit weiterhin (§ 107 III₂ verbietet nur die Beschlußfassung), daß ein Ausschuß mit der Vorbereitung der Beschlußfassung oder der Übernahme der Ausführung des Beschlusses beauftragt wird².

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß bei dem Streit über die Rechtsnatur der Bestellung die h.M. die Ansicht vertritt, die Bestellung sei eine empfangsbedürftige Willenserklärung; teilweise wird dazu noch die Annahme oder die Zustimmung des Bestellten für erforderlich gehalten. Dabei wird aber, trotz der geforderten Empfangs- und zusätzlicher Annahme- oder Zustimmungsbedürftigkeit, nur in einer Stellungnahme³ deutlich zwischen der Beschlußfassung und der zugangsbedürftigen Mitteilung des Beschlusses unterschieden. Diese Mitteilung des Beschlusses im Sinne der Kundgabe der Willenserklärung an den zu Bestellenden, in der Absicht, einen bestimmten Rechtserfolg herbeizuführen⁴ (die nicht verwechselt werden darf mit der Feststellung des Beschlusses, z.B. der Bekanntgabe der Ergebnisse der Stimmenauszählung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden), tritt als ergänzendes Moment zu dem

1) GroßK § 75 Anm. 2; § 92 Anm. 26; Schlegelberger Quassowski § 75 Anm. 3

2) so auch Baumbach-Hueck § 107 Anm. 3

3) Mertens, KK § 84 Anm. 3

4) Staudinger-Coing Ein.v. § 116 Rdn. 1; RGRK-Denecke v. § 116 Anm. 1; Lehmann-Hübner § 24 I, § 25 I 2c

verfahrensmäßig schon vorliegenden, die Beteiligten bindenden Ergebnis "Beschuß" hinzu¹. Dabei kann aber mit der Feststellung des Beschlusses auch dessen Mitteilung an den Betroffenen, als Ausführung des Beschlusses, in demselben Handeln zusammenfallen², beispielsweise dann, wenn der zu Bestellende in der Versammlung anwesend ist. Bei dieser Mitteilung des Beschlusses braucht der Aufsichtsrat aber nicht als Kollegium zu handeln. Vielmehr wird der Aufsichtsratsvorsitzende, als Vertreter der Gesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern (§ 112), für befugt erachtet werden müssen, die Beschlüsse des Aufsichtsrats zur Durchführung zu bringen³. Zwar spricht § 112 nur von einer Vertretung gegenüber Vorstandsmitgliedern, unbestritten ist aber, daß die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates auch gegenüber solchen Personen besteht, die erst Vorstandsmitglieder werden sollen⁴.

Nach dem Gesetz bedarf der Beschluß zur Gültigkeit keiner Form⁵.

1) Baltzer S. 129 Fußn. 20 mit zahlreichen Litnachweisen, so auch RGZ 68, 385, 386, das von einem Beschluß als innerem Vorgang (Entschluß) spricht und daneben noch eine dem Entschluß entsprechende rechtsgeschäftliche Erklärung fordert: Bartholomeyczik, AcP 144, NF 24, 287 ff. (313 unter 5) erwähnt den Beschluß über die Bestellung und unterscheidet davon die Berufung des Vorstandes.

2) Bartholomeyczik, ZHR 105, 293 ff. (319)

3) RG HRR 1935 Nr. 1477; Brodmann § 246 Anm. 3 g; GroßK § 92 Anm. 5

4) BGHZ 26, 236 ff. (238)

5) siehe aber § 107 III

2) Die rechtlichen Merkmale der Bestellung

Die Bestellung wird als sozialrechtlicher¹ oder körperschaftlicher² Akt bezeichnet.

Nach einem Teil der Literatur ist dieser Akt einseitige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärung³. Dabei fordert Oertmann, obwohl seiner Ansicht nach die Bestellung der Bevollmächtigung entspricht⁴, noch die Zustimmung des Bestellten, denn sie sei die Voraussetzung, unter der der einseitige Bestellsungsakt wirksam werde. Von Tuhr dagegen meint⁵, daß die Zustimmung nicht zur Begründung der Vertretungsmacht des Vorstandes, wohl aber zur Entstehung der ihm obliegenden gesetzlichen Pflichten notwendig sei.

Andere wieder bezeichnen die Bestellung als einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung⁶. Dazu wird teilweise noch die Zustimmung⁷ oder die Annahme⁸ durch den Bestellten gefordert (wobei aber kein Vertrag vorliegen soll); die Zustimmung oder Annahme könne auch konkludent erfolgen⁹.

1) J.v. Gierke Handelsrecht § 43, 1a, ZHR 114 (1951), 161 ff. (166); Oertmann § 26 5b ~~+~~; für den AR vgl. Natzel, Betr. 59, 1388 ff. (1389)

2) H. Frels ZHR 122,19; Herold S. 493; Teichmann-Koehler § 75,1; GroßK 70, § 84,1; Hefermehl DJ 42,619; Lehmann-Dietz § 42 II 2a; BGHZ 3,90 ff. (93); BGH in LM § 75 Nr. 5

3) Oertmann § 27 i b; v. Tuhr, S. 521

4) § 26, 5 b³

5) s. Fußnote 3)

6) Planck-Knoke § 27,5; Herschel RdA 1962, 415; Richert, SchlHanz 1956, 194; Ring-Schachian S. 175; Molitor, Ehrenberg-Festschrift, S. 46; Staudinger-Coing § 27 Rdn. 10; Soergel-Siebert-Schultze-v.Lasaulx § 27,4; Lehmann-Hübner § 61 III 3a; Gerlach AG 1965, 251 ff. (253)

7) Baumbach-Hueck § 84,4; Ennercerus-Nipperdey § 109 VI; KK § 84,3

8) RGZ 144,384 ff. (356); J.v.Gierke, Handelsrecht § 43 II 1a; Hefermehl DJ 42, 619

9) Baumbach-Hueck § 84,4;

Der Bestellte könne sich aber auch vorher zur Verfügung gestellt haben¹, oder er müsse wenigstens zur Übernahme des Amtes bereit sein². Mertens³ bezeichnet schließlich, in einer Zusammenfassung der einzelnen Definitionsmerkmale, die Bestellung als mitwirkungsbedürftige Maßnahme körperschaftlicher Selbstverwirklichung. Einige Autoren gehen noch weiter und nehmen an, daß es sich bei der Bestellung um einen Vertrag handele⁴.

3) Die Rechtsfolgen bei unterschiedlicher Einordnung der Bestellung

a) Die Einordnung als einseitiges Rechtsgeschäft

Nach einhelliger Ansicht aller bisher dargestellten Meinungen entsteht durch die Bestellung für die betreffende Person die Organstellung⁵, oder, wie es andere formulieren, der zum Vorstandsmitglied Bestellte wird als Träger der Organstellung des Vorstandes der juristischen Person angegliedert⁶. Besteht insoweit auch Übereinstimmung, so sind doch die Rechtsfolgen, die dieser Eintritt in die Organstellung hervorruft, wiederum umstritten. Bei diesem Streit werden anhand der gegebenen Begründungen auch teilweise die unterschiedlichen Auffassungen deutlich, die bei der Frage der Rechtsnatur der Bestellung aufgezeigt wurden.

1) Schlegelberger-Quassowski § 75,2; Hefermehl DJ 42,619

2) K. Lehmann, S. 242

3) KK § 84,2

4) Frels, G. ZAKDR S. 258, Fußn. 4; Schnorr v. Carolsfeld D NotZ S. 419 IV; Vischer S. 44; Würdinger § 21 I 2a

5) z.B. Hefermehl DJ 42, 619; Oertmann § 26,5 b4

6) BGHZ 3,9off. (92); Staudinger-Coing § 27,9; K. Lehmann, S. 232; H. Frels ZAKDR 122,19

Ein Teil der Literatur ist der Ansicht, daß die Bestellung die Rechtsstellung des Vorstandsmitgliedes nach außen mit dem Recht zur Vertretung der Gesellschaft begründe¹.

Planck-Knoke² sprechen daher von einem vollmachtsähnlichen Geschäft und fordern auch konsequent keine Annahme seitens des Bestellten.

Obwohl auch Denecke³ von einem vollmachtsähnlichen Geschäft ausgeht, wird nicht erläutert, warum eine Annahme erforderlich sein soll.

Andere⁴ sprechen von der Ermächtigung oder von der Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung in den durch Gesetz und Satzung gezogenen Grenzen.

Hefermehl⁵ vergleicht die Bestellung ebenfalls mit der Vollmacht, ohne jedoch Gründe für das Erfordernis der Annahme anzugeben. Ring - Schachian⁶ dagegen lehnen das Erfordernis der Annahme ab, gehen aber davon aus, daß mit der Übernahme des Amtes dem Vorstandsmitglied auch Pflichten erwachsen, die das Gesetz untrennbar an das Amt knüpfe.

1) Erman-Westermann § 27,1 RGRK-Denecke § 27,1; Hueck, DB, S. 274; Wieland, S. 123; Planck-Knoke § 27,5

2) Planck-Knoke a.a.O.

3) Denecke a.a.O.

4) Hefermehl DJ 42, 619; Molitor AG 1957, 193; Ring-Schachian, S. 175; Fischer, Ehrenberg, S. 216

5) in einer späteren Stellungnahme NJW 1951, 881

6) a.a.O.; so auch Koenige § 231, 6b, Müller-Erzbach Kap. 52 Anm. 1, Staub-Pinner § 231, 14 bei denen sich dies aus der Stellungnahme zum Widerruf der Bestellung ergibt.

Ähnlich meint auch Molitor¹, daß die Bestellung dem Bestellten die rechtliche Fähigkeit verleihe, als Vorstandsmitglied tätig zu werden. Das Gesetz bestimme nur für den Fall, daß das Vorstandsmitglied die Tätigkeit ausübe, wie diese pflichtgemäß auszuüben sei. Wie auch sonst seien Außen- und Innenverhältnis scharf voneinander zu trennen. Molitor geht aber davon aus, daß dem Vorstandsmitglied, unabhängig von der tatsächlichen Amtsführung, unmittelbar öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegt würden (z.B. die Buchführungspflicht; die Pflicht der Anzeige an die Generalversammlung, wenn bei einer Bilanzaufstellung der Verlust mehr als die Hälfte des Grundkapitals beträgt; die Beantragung der Konkurseröffnung bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft)². Obwohl diese öffentlich-rechtlichen Pflichten dem Vorstandsmitglied kraft der Bestellung auferlegt würden, hält er aber eine Zustimmung des Bestellten für nicht erforderlich.

Andere, die eine Zustimmung fordern³, sprechen allgemein von Pflichten des Amtes, die dem Bestellten nicht ohne seinen Willen auferlegt werden dürften, von Obliegenheiten, die mit der Übernahme des Amtes entstünden⁴, oder konkreter, daß mit der Annahme die Geschäftsführungspflicht entstehe⁵. Behauptet wird auch, die Zustimmung sei eine Rechtsbedingung⁶, oder, eine Zustimmung sei zwar nicht notwendig, die Bestellung könne aber ohne diese

1) in Ehrenberg-Festschrift, S. 46-48

2) vgl. §§ 239, 240 I, 240 II HGB bzw. §§ 91 ff.

3) GroßK 70, § 30, 5, 11; Baumbach-Hueck AktG § 84 IV

4) K. Lehmann, S. 232

5) Lehmann-Hübner § 61 III 3 a

6) Ennecerus-Nipperdey § 109 VI, Fußn. 35

nicht praktisch werden¹.

Schultze-v. Lasaulx² ist der Ansicht, die Zustimmung sei deshalb erforderlich, weil der Bestellte in das Rechte und Pflichten umfassende Amt eines Vorstandsmitgliedes eingesetzt werde. Es handle sich um eine einheitliche organschaftliche Rechtsstellung, die nicht in eine Rechte- und Pflichtenseite aufgespalten werden könne. Deshalb umfasse die Organstellung auch die Geschäftsführungspflicht.

Noch weitergehend argumentiert Würdinger³, daß mit der Übernahme der nach Gesetz und Satzung zugewiesenen Aufgaben gleichzeitig die dem Vorstandsmitglied gegenüber der Gesellschaft als Rechtsperson zustehenden subjektiven Rechte und Pflichten entstünden. Er überläßt daher dem Anstellungsvertrag nur die Regelung der Bezüge, des Urlaubs, des Ruhegehaltes etc.

Die beiden letzten Meinungen sind also der Monistischen Theorie angenähert, sie halten aber die Trennung von Bestellung und Anstellung bei der Behandlung des Widerrufs der Bestellung für erforderlich; sie werden daher der Dualistischen Theorie zugerechnet.

b) Die Einordnung als Vertrag

Es wird - wie schon erwähnt⁴ - auch die Meinung vertreten, bei der Bestellung handle es sich um einen Vertrag. Einige begnügen sich zur Begründung dieser Ansicht mit der Feststellung, daß der Bestellte nicht ohne eigenes Zutun zum Vorstandsmitglied gemacht werden könne, oder daß die Praxis

1) Staudinger-Coing § 27 Rdn. 10

2) in Soergel-Siebert § 27,4

3) § 21 I Anm. 2a; zust. H. Westermann, Bötticher-Festschrift, S. 378, Fußn. 22

4) s. Seite 10

ganz überwiegend nur einen Bestellungsvertrag kenne¹. Nur Vischer² gibt eine ausführlichere Begründung. Er geht unter Berufung auf Molitor davon aus, daß die Bestellung die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis sowie eine sich unmittelbar aus dem Aktiengesetz ergebende Geschäftsführungspflicht (Molitor: öffentlich-rechtliche Pflichten) begründe. U.a. nennt Vischer die Pflicht zur Berichterstattung gegenüber dem Aufsichtsrat, die Buchführungspflicht und die Pflicht, unter bestimmten Voraussetzungen die Eröffnung des Konkurs- oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu beantragen³. Es handele sich dabei um Pflichten körperschaftsrechtlicher Natur aus dem Bereich kaufmännischen und sonstigen Geschäftsverkehrs zum Schutze der Öffentlichkeit, der Gesellschaft und der Aktionäre. Die Belastung einer Person mit Pflichten irgendwelcher Art könne aber nur unmittelbar durch das Gesetz oder durch eine entsprechende Übernahmeerklärung der Person erfolgen. Eine gesetzliche Bestimmung, die jemand zur Übernahme dieser Pflichten verpflichte, gebe es nicht. Die Annahme seitens des Bestellten müsse somit als Vertragsannahme gewertet werden⁴.

4) Zusammenfassung

Zu dem Meinungsstreit läßt sich insgesamt feststellen, daß trotz der ungewöhnlichen Vielfalt der Ansichten in einem Punkt Übereinstimmung besteht. Soweit eine Annahme oder Zustimmung überhaupt für erforderlich gehalten werden, geschieht dies ausnahmslos mit der Begründung, daß die Vorstandsstellung auch Pflichten beinhalte.

1) Seite 10, Fußnote 4

2) Diss. Seite 25 ff.

3) Seite 25 - 27

4) Seite 42

Diejenigen, die von einer Annahme oder Zustimmung absehen, lassen diese Pflichten aber spätestens mit der tatsächlichen Amtsausübung entstehen. Soweit davon ausgegangen wird, daß dem Vorstandsmitglied die Vertretungsmacht oder sonstige Befugnisse übertragen werden, wird, abgesehen von Hefermehl¹ und Denecke² (jeweils ohne Begründung), eine Annahme nicht für erforderlich gehalten. Um welche Pflichten es sich dabei im einzelnen handeln soll, wird, außer von Molitor³ und Vischer⁴, nicht weiter erörtert. Jedenfalls handelt es sich allgemeiner Ansicht nach um gesetzliche Pflichten, nicht aber um eine schuldrechtliche Geschäftsführungspflicht, die dem Organmitglied kraft Gesetzes obliegen soll⁵.

II Der Anstellungsvertrag

1) Der Abschluß des Anstellungsvertrages

Nach § 84 I 5 (§ 75 I 4 a.F.) gelten die Vorschriften des § 84 I 1 (§ 75 I 1 a.F.) "sinngemäß für den Anstellungsvertrag"; d.h. ausschließlich der Aufsichtsrat als das zum Abschluß von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zuständige Organ, § 112 (§ 97 I a.F.), schließt den Anstellungsvertrag mit dem Vorstandsmitglied. Im Gegensatz zur Bestellung ist dabei aber unbestritten, daß der Abschluß des Anstellungsvertrages vom Aufsichtsrat an einen Ausschuß überwiesen werden darf⁶.

1) in NJW 1951, 881

2) in BGB-RGRK, § 27,1

3) in Ehrenberg-Festschrift S. 46 - 48

4) vgl. o.S. 13, vor Fußn. 1 und 2

5) a.A. Würdinger § 21 I 2 a; Soergel-Siebert-Schulze-v. Lasaulx § 27, 2

6) von Godin-Wilhelmi AktG 3. Aufl. § 84,8; Baumbach-Hueck, AktG § 84, 6

Dies folgt daraus, daß § 107 III₂ ausdrücklich von Aufgaben spricht, die sich für den Aufsichtsrat aus den einzelnen Vorschriften ergeben. Die Aufgabe, einen Anstellungsvertrag abzuschließen, ergibt sich aber ausschließlich aus § 84 I 4, nicht aber aus § 84 I 1 oder I 3, die wiederum allein in § 107 III₂ erwähnt sind; dies bedeutet, daß § 107 III₂ die Ausschüsse nicht für den ganzen § 84 I ausschließt, sondern nur für Satz 1 und 3; Satz 5 verweist zwar seinerseits auf die vorhergehenden Sätze, nicht aber auf alle sonstigen für die Bestellung geltenden Vorschriften¹.

Da § 107 III₂ Ausschüsse nur für die Aufgaben nach § 84 I 1 und I 3 verbietet, muß entgegen der Regelung bei der Beschlußfassung bzgl. der Bestellung, der Aufsichtsrat auch die Beschlußfassung bzgl. des Anstellungsvertrages an einen Ausschuß überweisen können².

2) Die rechtlichen Merkmale des Anstellungsvertrages

a) Das Vorstandsmitglied ist kein Arbeitnehmer

Bei dem zwischen der Aktiengesellschaft und dem Vorstandsmitglied abgeschlossenen Anstellungsverhältnis handelt es sich nach ganz überwiegender Meinung bei Entgeltlichkeit um einen Dienstvertrag³, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat⁴, bei Untergeltlichkeit um einen Auftrag⁵.

1) Baumbach-Hueck a.a.O.

2) so auch BGHZ 41, 282 ff. (285), allerdings zum AktG 1937.

3) Oertmann § 26, 5 b4; RGRK-Denecke § 27, 3; Brand § 231, 5; Brodmann § 231, 4e; Staub-Pinner § 231, 24; Ennecerus-Nipperdey § 109 IV; Richert SchlHanz 1956, 195; BGH 10, 187 ff. (191)

4) KK § 84, 26; v. Godin-Wilhelmi 3. Aufl. § 84, 9; Schlegelberger-Quassowski § 75, 6; Baumbach-Hueck § 84, 8

5) RGRK-Denecke § 27, 3; Brand § 231, 5; Baumbach-Hueck § 84, 6, 8; Staudinger-Coing § 27, 12

K. Lehmann¹ lehnt einen Dienstvertrag ab, ohne allerdings zu erläutern, um welchen Vertrag es sich dann handeln soll. Planck-Knoke² sprechen von einem Rechtsverhältnis eigentümlicher Art und Erman-Westermann³ von einer besonderen sozialrechtlichen Beziehung.

Von der herrschenden Meinung im Dienstvertrags-, Arbeits- und Aktienrecht⁴ sowie von der Rechtsprechung⁵ wird dabei angenommen, daß die Organmitglieder juristischer Personen keine Arbeitnehmer sind⁶. Dies wird daraus gefolgert, daß die Vorstandsmitglieder ausdrücklich aus dem Geltungsbereich der meisten arbeitsrechtlichen Gesetze⁷ ausgeschlossen sind⁸, vor allen Dingen aber daraus,

1) K. Lehmann, S. 245

2) § 27,5

3) § 27,6

4) Hueck-Nipperdey BI S. 90; Kaskel-Dersch S. 28; Hueck KSchG, § 14 Anm. 2. Fitting-Auffarth Betr VerfG, § 5 Anm. 13; Bobrowski-Gaul S. 45 ff; Galperin-Siebert § 4,10,11; Auffahrt-Müller § 12,4; Würdinger § 21 I2c; Söergel-Siebert Wlotzke-Volze vor § 611, 108; Dersch RdA 1951, 212; Pakebusch S. 82; Titze S. 545 ff (550,557); Hueck RdA, 1953 478 ff (479); Herschel-Steinmann § 12,5; Dietz-Richardi Betr.Verf.G, § 5 Anm. 66

5) BGHZ 49, 30 ff (31); 36,142 ff (143); 12, 1 ff (8,9); 10,187 ff (191);

6) a.A. Trinkhaus, DB 1968, 1756 ff (1761); Schnorr.v. Carolsfeld ArbR S. 27, 28; Nikisch ArbR Band I S. 87, 88, der aber arbeitsrechtliche Vorschriften nur insoweit anwendet, "als sie der regelmäßig gegebenen wirtschaftlichen Abhängigkeit Rechnung tragen" (88)

7) vgl. § 14 I 1 KSchG; § 1 II Nr. 1 AZO; § 4 II a und b BetrVerfG; § 5 I 3 ArbGG

8) s. dazu KK § 84, 27; zur Kritik an dieser Auffassung, Trinkhaus a.a.O. S. 1757

daß dem Vorstand als Leitungs- und damit als Willensbildungsorgan (§ 76) das für die Arbeitnehmereigenschaft wesentliche Kriterium der Weisungsgebundenheit bei der Arbeitsleistung fehlt¹.

Vorstandsmitglieder üben für die Gesellschaft die Arbeitgeberfunktion aus, sie haben zumindest eine arbeitgeberähnliche Funktion inne². Ganßmüller³ bezeichnet daher das Dienstverhältnis zutreffend als das die Leistung der Organdienste betreffende Schuldverhältnis.

Ein Eingehen auf nähere Einzelheiten erübrigt sich hier aber, denn es besteht Einigkeit darüber, daß zumindest teilweise eine analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Grundsätze auf das Verhältnis Vorstandsmitglied-Gesellschaft angebracht ist, beispielsweise dann, und das ist in der Praxis ganz überwiegend der Fall, wenn das Vorstandsmitglied für längere Dauer seine ganze Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft stellt⁴.

b) Die Rechtsfolgen des Anstellungsvertrages

Der Anstellungsvertrag regelt die obligatorischen Beziehungen⁵, die gegenseitigen Rechte und Pflichten⁶ zwischen dem Bestellten und der juristischen Person. Konkreter wird nur von einigen wenigen Stimmen im Schrifttum Stellung genommen: Nach ihrer Aussage⁷ begründet der Anstellungsvertrag die Pflicht des Vorstandsmit-

1) dazu insbesondere die Untersuchung von Vischer S. 118 ff

2) s. die Verfasser unter Fußnote 4 Seite 17

3) GmbH Rundschau 1966, 277 ff (278)

4) KK § 84, 27; Hueck RdA 1953 S. 478 ff (479)

5) Baumbach-Hueck § 84,3; GroßK 70, § 84, 1; BGH LM Nr. 5 zu § 75 AktG

6) Schlegelberger-Quassowski § 75,2; Hefermehl DJ 42, 619

7) Molitor, Ehrenberg-Festschrift S. 47; Hueck, Betrieb 1954, 274; Teichmann-Koehler § 75, 3 c; Hueck-Nipperdey S. 90; Nikisch S. 98

gliedes zur Geschäftsführung für die Gesellschaft; oder nach Molitor¹, der Anstellungsvertrag gehe auf Ausübung der durch die Bestellung dem Betreffenden übertragenen Befugnis zur Vornahme der Vorstandsgeschäfte.

Der Betreffende wird also verpflichtet, von der ihm durch den Bestellungsakt übertragenen Organmacht Gebrauch zu machen.

Daß auch alle anderen Vertreter der Dualistischen Theorie die schuldrechtliche Geschäftsführungspflicht, obwohl sie nicht ausdrücklich dazu Stellung nehmen, als eine Rechtsfolge des Anstellungsvertrages betrachten, folgt aus den oben² getroffenen Feststellungen.

Anderer Ansicht ist nur Vischer³, der konsequenterweise annimmt, daß die dem Anstellungsvertrag zukommende Rechtswirkung darin bestehe, daß das Vorstandsmitglied über die ihm kraft Gesetzes obliegende Geschäftsführungspflicht hinaus zur Führung der Geschäfte für die Aktiengesellschaft verpflichtet werde.

Für Schultze-v.Lasaulx⁴ und Würdinger⁵ kann dagegen der schuldrechtliche Vertrag nicht mehr sein als eine Ergänzung der Rechte und Pflichten begründenden Bestellung.

c) Der Inhalt des Anstellungsvertrages

Auch wenn im Vertrag keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wurde, ist davon auszugehen, daß sich aus ihm ein Anspruch des Vorstandsmitgliedes auf eine Vergütung ergibt, da gewöhnlich ein Vorstandsmitglied seine ganze Arbeitskraft der

1) AG 1957, 195; ähnlich Teichmann-Koehler § 75,3e

2) S. 14/15

3) Diss. S. 57

4) S. 13 Fußn. 2

5) S. 13 Fußn. 3

Gesellschaft zur Verfügung stellt. Unter entsprechender Anwendung des § 612 BGB ist die Leistung des Vorstandsmitgliedes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten¹. Es ist dann eine betriebs- oder branchenübliche Vergütung zu zahlen².

In der schuldrechtlichen Vereinbarung werden weiterhin Bestimmungen über das Gehalt³, Tantiemen, Umsatzbeteiligungen, Ruhegeld, Urlaub und das Ausmaß der zur Verfügung zu stellenden Dienstleistung getroffen.

Diese Regelungen betreffen aber nur, und dies folgt schon aus der Ansicht der h.M., daß das Vorstandsmitglied trotz dienstvertraglicher Bindung nicht Arbeitnehmer ist, sondern eine arbeitgeberähnliche Stellung inne hat⁴, allein die sich aus der Stellung als Vorstandsmitglied ergebenden dienstvertraglichen Verhältnisse⁵.

Daneben können in dem Anstellungsvertrag noch andere Regelungen getroffen werden, die nicht die Stellung als Vorstandsmitglied betreffen⁶. Beispielsweise kann der Vertrag bestimmen, daß das Vorstandsmitglied bei einem Ausscheiden aus der Vorstandsstellung als leitender Angestellter übernommen werden soll⁷. Diese Nebenabreden, die nichts mit der Vorstandsstellung zu tun haben, kann die Dualistische Theorie nicht als Begründung für die Notwendigkeit des Bestehens eines Anstellungsvertrages anführen⁸.

1) Baumbach-Hueck § 84, 8; v.Godin-Wilhelmi 3. Aufl. § 84,9; Vischer S. 58; Hueck, DB S. 274; GroßK70 § 84,15

2) BGHZ 41, 282 ff (289)

3) zu diesen Vereinbarungen vgl. 86, 87

4) s.o.S. 17/18

5) BGHZ 3, 90 ff (93)

6) BGHZ a.a.O.; K.Lehmann S. 251 Fußn. 3; Schlegelberger-Quassowski § 75,7 a.E.; Molitor, AG S.197; GroßK70, § 84, 50; Hefermehl DJ 42, 622

7) Molitor, GroßK, Hefermehl, wie Fußn. 6

8) GroßK § 75, 16 argumentiert aber in diesem Sinne

III Das Verhältnis Anstellungsvertrag - Bestellung

Nachdem dargestellt worden ist, wie die Vertreter der Dualistischen Theorie die rechtlichen Merkmale und Wirkungen von Bestellung und Anstellung beurteilen, stellt sich die Frage, wie die dualistische Theorie das Verhältnis der beiden Rechtsakte zueinander beurteilt.

Dabei wird die Meinung vertreten, daß das Innenverhältnis und die Organstellung untrennbar miteinander verbunden seien¹, denn eine einseitige Bestellung ohne Festlegung der Vertragsbedingungen sei sinnlos², das Anstellungsverhältnis sei die Ausführung der Bestellung³.

Andere gehen davon aus, daß ein Anstellungsvertrag nicht notwendigerweise vorliegen müsse⁴. Die ausführlichste Begründung gibt dabei Molitor⁵.

Das Gesetz gehe von der praktisch zutreffenden Voraussetzung aus, daß der zum Vorstandsmitglied Bestellte als solches auch tätig werde, ohne sich darüber auszulassen, wie er dazu veranlasst werde. Dies brauche nicht notwendigerweise durch ein Rechtsverhältnis zu geschehen. Es sei denkbar, daß jemand zum Vorstandsmitglied bestellt werde, von dem aufgrund seiner freundschaftlichen oder persönlichen Beziehungen als selbstverständlich angenommen werde, daß er die Vorstandsgeschäfte führe.

1) Wieland S. 123; K. Lehmann S. 243, 244;
RGZ 144, 384 f (386)

2) Wieland a.a.O.

3) J.v.Gierke ZHR 114, 161 ff (166)

4) Molitor, Ehrenberg-Festschrift S. 47; Ring-Schachian S. 175; GroßK7o § 84, 49; Hefermehl DJ 42, 619, 620

5) a.a.O.

Regelmäßig werde aber ein Rechtsverhältnis vorliegen, das das Vorstandsmitglied auch zur Vorstandstätigkeit verpflichte. Beide Verhältnisse hingen aber nur insoweit zusammen, als das dem Willen der Beteiligten im Hinblick auf den einheitlichen Endzweck entspreche.

Ähnlicher Ansicht sind auch Meyer-Landrut¹ und der BGH², die betonen, daß beide Rechtsverhältnisse sich nicht bedingten, die Organstellung aber auf dem Anstellungsvertrag beruhen könne.

Andere wieder meinen³, daß der Anstellungsvertrag nur wegen der Bestellung zum Organ der Gesellschaft geschlossen werde, oder sie bezeichnen den Anstellungsvertrag als Grundlage, auf der die Bestellung ruhe⁴. Bei den Vertretern dieser Meinung wird aber nicht deutlich, ob ein Anstellungsvertrag geschlossen werden muß oder nicht.

Gemeinsam ist aber allen diesen Ansichten die Folgerung, daß in dem Fall, in dem ein Anstellungsvertrag vorliegt, jedenfalls beide Akte trotz ihrer rechtlichen Verschiedenheit im Einklang miteinander stehen müssen. Dies deshalb, weil sie dieselbe Person mit dem gleichen Aufgabenbereich betreffen bzw. nur zwei verschiedene Seiten des einen wirtschaftlichen und sozialen Vorgangs darstellen⁵. Der BGH bejaht darüber hinaus noch einen bestimmten Einfluß der Bestellung auf den Anstellungsvertrag⁶.

Die Notwendigkeit der Unterscheidung wird trotz der behaupteten Zusammenhänge rechtlicher oder tatsächlicher Art immer wieder damit begründet, daß

1) GroßK 70 a.a.O.;

2) BGH LM Nr. 5 zu § 75, unter Berufung auf RGZ 144, 384 ff (386)

3) Baumbach-Hueck § 84, 3; Staub-Pinner § 231, 14; Planck-Knoke § 27, 5

4) Fischer S. 216; Schlegelberger-Quassowski § 75, 2

5) GroßK § 75, 1; ähnlich Herold BA 1937/38 S.493

6) BGHZ 3,90 ff (93)

die beiden Rechtsverhältnisse angeblich verschiedene Rechtsfolgen hervorrufen¹; dies werde insbesondere bei der Abberufung des Vorstandsmitgliedes aus dem Amt deutlich².

C Die Monistische Theorie

Die monistische Theorie geht von einem einheitlichen Bestellungsrechtsverhältnis aus, in welchem alle rechtlichen Beziehungen zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft geregelt sind. Es ist zu klären, warum diese Theorie auf die Unterscheidung zwischen "Bestellung" und "Anstellung" meint verzichten zu können.

I Nach v. Godin³ ist die Bestellung nicht nur ein Akt nach außen, sondern begründet zugleich auch schon die in § 76 (§ 70 a.F.): Leitung der AG, und § 93 (§84 a.F.): Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder, beschriebenen Rechte, Pflichten, Befugnisse und Zuständigkeiten nach innen. Das so begründete Rechtsverhältnis sei in den wichtigsten Punkten, so hinsichtlich der Pflichten und der Haftung des Vorstandes, in gewissem Umfang auch hinsichtlich der Dauer, Auflösbarkeit und der Bezüge vom Gesetz selbst - und zwar zwingend - geregelt. In einigen Punkten, z.B. Vergütung, Ruhegehalt und Dauer, seien die Regelungen den ergänzenden Vereinbarungen - wenn auch nicht unbeschränkt - überlassen. Im übrigen seien, insoweit als das Rechtsverhältnis dem Auftrags- und Dienstverhältnis ähnlich sei, die Vorschriften des BGB darüber hilfsweise uns sinngemäß anzuwenden.

II Ähnlich argumentiert auch Ritter⁴, der noch besonders hervorhebt, daß der Begriff Vorstands-

1) s. dazu schon oben S. 2/3

2) so Baumbach-Hueck § 84, 3; Hefermehl DJ 42, 620; Schmidt JZ 1951, 690

3) § 75, 2; ZAKDR 1938, 596, 597

4) § 75, 2 a, h

mitglied den Ermächtigten, den Dienstverpflichteten, den Vertreter und den Geschäftsführer umfasse; diese Eigenschaften könnten dem Organmitglied nicht stückweise verliehen werden. Da niemand ohne oder gar gegen seinen Willen mit Geschäftsführungspflichten und mit der zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit, so wie sie ein Vorstandsmitglied nach dem Gesetz habe, belastet werden könne, sei ein Bestellungsvertrag erforderlich, durch den begriffsnotwendig auch das Innenverhältnis begründet werde. Es sei allerdings möglich, daß der Bestellungsvertrag noch nichts über die Vergütung bestimme. Dann müsse hierüber noch ein zweiter Vertrag geschlossen werden, der indessen nur ein Ergänzungsvertrag sei.

III Pleyer¹ betont, daß geistiger Pate der Trennung das Bemühen sei, eine Parallele zu dem Verhältnis von Dienstvertrag (Auftrag) einerseits und Vollmacht andererseits zu bilden, obwohl im allgemeinen angenommen werde, daß eine Bestellung ohne Einverständnis des zu Bestellenden nicht möglich sei. Im Gegensatz zur Vollmacht lasse sich die Pflicht des Vorstandsmitgliedes, für die Gesellschaft tätig zu werden, aus der Organschaft selbst ableiten.

Ebenfalls für einen einzigen einheitlichen Vertrag sprechen sich Biedermann², v. Eckartsberg³ und Kronstein aus⁴.

1) GmbH-Rdschau 1958, 148

2) Diss. 1938, S. 15, 18

3) Anstellungsverträge, S. 14

4) ZblHR 1932, S. 127 ff (129). Unklar ist die Meinung von Brodmann, vgl. § 231 Anm. 1b, 6c, der von Kronstein (a.a.O.) zu den Vertretern der Dual. Theorie, von Biedermann (S. 31) dagegen zu den Vertretern der Mon. Theorie gezählt wird.

D Untersuchung der Auswirkungen der
beiden Theorien bei der Rechtsanwendung

I Vergleich der Meinungen

Schon bei einem Vergleich der Meinungen, die zur Dualistischen und Monistischen Theorie vertreten werden, fällt auf, daß teilweise rechtstheoretisch kaum Unterschiede bestehen. So geht zwar Würdinger¹ von einer Trennung aus, läßt aber im Anstellungsvertrag nur Platz für ergänzende Regelungen. Einige Vertreter der Dualistischen Theorie² sind weiterhin der Ansicht, daß mit der Annahme der Bestellung auch ein Anstellungsverhältnis notwendig vereinbart werde, gehen also nur von einer theoretischen Trennung aus. Demgegenüber sind die Vertreter der Monistischen Theorie im tatsächlichen derselben Ansicht, theoretisch bejahen sie aber ein einheitliches Rechtsverhältnis.

Schon diese auffälligen Annäherungen drängen das Erfordernis auf, den Theorienstreit daraufhin zu untersuchen, ob er auch in der Rechtsanwendung praktische Unterschiede hervorruft oder ob beide Theorien zu demselben Ergebnis kommen.

II Die Dauer der Bestellung nach beiden
Theorien und der Einfluß der Dauer der
Bestellung auf die Dauer des Anstellungsvertrages nach der Dualistischen Theorie

Die folgenden Ausführungen gelten hinsichtlich der Bestellung für beide Theorien.

Da die Monistische Theorie aber nur die Bestellung kennt, haben die Ausführungen hinsichtlich der Anstellung nur Bedeutung für die Dualistische Theorie.

1) S. 114 Anm. 2 a und b

2) S. 21 Fußn. 1 - 3

Die Probleme, die für die Dualistische Theorie im Zusammenhang mit dem Anstellungsvertrag entstehen, werden jeweils im Anschluß an die Behandlung des entsprechenden Problems bei der Bestellung behandelt.

Dabei wird vor allem berücksichtigt, ob allein durch den Bestand des von der Bestellung zu trennenden Anstellungsvertrages in der praktischen Rechtsanwendung gegenüber der Bestellung verschiedene Rechtsfolgen auftreten. Für diejenigen Vertreter der Dualistischen Theorie, die von einer untrennbaren Verbindung sprechen, und für diejenigen, die annehmen, daß der Bestellte mit der Annahme zugleich in ein vertragliches Verhältnis zur Gesellschaft trete, kann eine unterschiedliche Dauer von Bestellung und Anstellung nicht in Betracht kommen; ebenso sind für diejenigen, die ein Anstellungsverhältnis nicht für unbedingt erforderlich halten¹ - im Falle, daß keines gegeben ist -, diese Ausführungen über den Anstellungsvertrag ohne Interesse; für sie sind die zur Bestellung getroffenen Festlegungen maßgebend.

- 1) Die gesetzliche Regelung und der Gesetzeszweck

- a) Bestellung

§ 84 II (§ 75II a.F.) bestimmt, daß die Vorstandsmitglieder auf höchstens fünf Jahre bestellt werden können. Als Grund für die zeitliche Begrenzung wurde in der Begründung zum AktG 1937 angeführt, daß langfristige Bestellungen oft zu schweren Belastungen der Gesellschaften geführt haben². Daß der Gesetzgeber mit der Einführung der Fünfjahresfrist nicht nur beabsichtigt hat, längere als

1) s.o.S. 21 Fußn. 4 und 5

2) Klausing S. 61

fünfjährige Bindungen zu vermeiden¹, die früher dadurch entstanden sind, daß teilweise jahrzehntelange oder sogar lebenslange Bestellungen üblich waren², hat schon Hefermehl³ erläutert. Denn wäre es dem Gesetzgeber allein um diese Belastung gegangen, dann hätte es ausgereicht, der Gesellschaft nach jeweils fünf Jahren ein unabdingbares Recht zur Kündigung zu geben⁴.

Zweck der Regelung ist vielmehr, daß der Aufsichtsrat dadurch in regelmäßigen Abständen prüfen kann und soll, ob das Vorstandsmitglied noch zur Leitung der Gesellschaft geeignet ist; andererseits wird das Organmitglied gezwungen, sich seine Wiederbestellung zu "verdienen"⁵.

b) Anstellung

Nach § 84 I₅ (§ 75 I a.F.) gelten die Bestimmungen über die Bestellung "sinngemäß" für den Anstellungsvertrag. Nach unbestrittener Ansicht bezieht sich die Verweisung in § 84 I₅ auf die vorhergehenden Sätze des Abs. I auf die Dauer des Anstellungsvertrages⁶. Daher ist auch unstreitig, daß die

1) so aber v. Godin-Wilhelmi § 75 II 4; GroßK 75,11

2) Schlegelberger-Quassowski § 75, 1

3) DJ 42, 620

4) Hefermehl a.a.O.; BGHZ 10, 187 ff (195)

5) Kropff, Begr.Reg. E. S.105; Hefermehl a.a.O.;
Schlegelberger-Quassowski § 75, 1; Baumbach-
Hueck § 84, 5; BGHZ 10, 187 ff (195);
BGH LM Nr. 4 zu § 75 mit Anm. R. Fischer

6) Baumbach-Hueck § 84, 5; KK § 84, 30;

v.Godin-Wilhelmi 3. Aufl. § 84,8

Fünfjahreshöchstdauer der Bestellung auch für den Anstellungsvertrag gilt¹. Der BGH führt dazu weiter aus, daß der Gesetzeszweck des § 75 I a.F. (§ 84 I) die gleiche Dauer von Anstellung und Bestellung erfordere. Wenn nämlich der Anstellungsvertrag trotz Ablaufs der Bestellung weitergelte² oder wenn dem Vorstandsmitglied seine vollen Bezüge auch für die Zeit nach Ablauf der Bestellung zugesagt seien³, so sei die eigenverantwortliche Entscheidung des Aufsichtsrats bei der Beurteilung, ob das Vorstandsmitglied noch einmal bestellt werden solle, nicht völlig frei. - Dieser Argumentation, der sich die Literatur uneingeschränkt angeschlossen hat⁴, ist zuzustimmen. Da der Aufsichtsrat gem. § 111 die Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen hat, muß seine Unabhängigkeit bei der Entscheidung über die Wiederbestellung des Vorstandsmitglieds gewahrt bleiben. Wäre dies nicht der Fall, so bestünde die Gefahr, daß der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Überwachungsfunktion keine objektiven Maßstäbe anwendet.

-
- 1) Schlegelberger-Quassowski § 75, 7;
Baumbach-Hueck § 84,9; GroßK § 75,11;
BGHZ 3,9 off (93/94); 10,187 ff (194)
- 2) BGHZ 3, a.a.O.
- 3) BGHZ 8, a.a.O.
- 4) Hefermehl NJW 1959, 881; R. Fischer in
Anm. zu BGH, LM Nr. 1 zu § 75

2) Beginn der Fünfjahresfrist

a) Bestellung

Die Fünfjahresfrist beginnt von dem Zeitpunkt an zu laufen, an dem nach dem Inhalt des Bestellungsbeschlusses die Amtstätigkeit des Vorstandsmitgliedes beginnen soll¹. Es wird auch angenommen², daß die Frist vom Tage der Bestellung ab läuft. Diese Formulierung ist jedoch ungenau, denn nach unbestrittener Ansicht muß der Tag des Amtsantritts nicht mit dem Tag der Bestellung zusammenfallen³.

b) Anstellung

Es wird behauptet, daß der Abschluß des Anstellungsvertrages der Bestellung vorangehen oder ihr nachfolgen könne⁴. Dabei wird aber nicht erläutert, welche Rechtswirkungen ein Anstellungsvertrag haben soll, wenn noch keine Bestellung erfolgt ist. Nimmt man mit der h.M. an, daß in dem Anstellungsvertrag die schuldrechtliche Geschäftsführungspflicht des Vorstandsmitgliedes begründet wird⁵, so muß damit als selbstverständlich vorausgesetzt werden, daß der Anstellungsvertrag zu seiner Wirksamkeit der vorherigen Bestellung bedarf, denn die Wirksamkeit der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Geschäftsführung als Vorstandsmitglied ist von der

1) Hefermehl DJ 42, 620; GroßK § 75, 13;
KK § 84, 17; Godin-Wilhelmi 3. Aufl. § 84, 5

2) Schlegelberger-Quassowski § 75, 5

3) Hefermehl a.a.O.; GroßK a.a.O.

4) Baumbach-Hueck § 84, 3; GroßK 70 § 84, 1

5) s.o.S. 18 ff.

Berufung in das Amt abhängig¹.

Die fünfjährige Frist des Anstellungsvertrages beginnt daher wie bei der Bestellung dann zu laufen, wenn nach dem Inhalt des Bestellungsbeschlusses die Amtstätigkeit als Vorstandsmitglied zu laufen beginnt. Bis zu diesem Zeitpunkt sind die Rechtswirkungen des Anstellungsvertrages aufschiebend befristet².

3) Überschreitung der Fünfjahresfrist bei Bestellung und Anstellung

Eine über die Dauer von fünf Jahren hinausgehende Bestellung ist nach § 134 BGB nichtig³, aber gemäß § 139 BGB bis zum Ablauf der Höchstfrist gültig. Denn in der Regel wird anzunehmen sein, daß das Vorstandsmitglied bei einer länger als für fünf Jahre geltenden Bestellung wenigstens für fünf Jahre bestellt sein soll, da dies normalerweise dem Willen des Aufsichtsrates und des Bestellten entspricht⁴. (Eine kürzere Dauer kann z.B. dann angenommen werden, wenn im Einzelfall der Anstellungsvertrag eine kürzere Laufzeit hat).

-
- 1) Dies muß auch für diejenigen Auffassungen gelten, die im Anstellungsvertrag nur eine Nebenabrede bzgl. des Gehalts etc. sehen (s.o.S.13).
 - 2) Diejenigen dienstvertraglichen Regelungen, die nicht die Stellung als Vorstandsmitglied zur Voraussetzung haben (s.o.S.20), können aber schon vor der Bestellung wirksam sein, z.B. dann, wenn jemand schon vor Berufung in das Amt im Anstellungsvertrag zur Tätigkeit als leitender Angestellter verpflichtet wird.
 - 3) KK § 84,10; Hefermehl DJ 42, 620; Baumbach-Hueck, AktG § 84,5; Schlegelberger-Quassowski § 75,5; Hueck, DB 1954, 276
 - 4) GroßK § 75, 12; v.Godin-Wilhelmi § 75 II 3; Teichmann-Koehler § 75, 1 b; Schlegelberger-Quassowski § 75, 5

Nach einhelliger Ansicht hat eine Überschreitung der Höchstfrist bei der Anstellung dieselben Rechtswirkungen wie bei der Bestellung¹; dies ist die konsequente Folgerung daraus, daß auch für den Anstellungsvertrag die Höchstfrist gilt².

Die Frage nach dem "faktischen Anstellungsverhältnis" stellt sich in diesen Zusammenhang nicht, denn der Anstellungsvertrag als Organmitglied kann über das Ausscheiden aus der Organstellung aufgrund Ablaufs der Bestelldauer hinaus keine Geltung haben. Inwieweit diejenigen Regelungen des Dienstvertrages, die nicht die sich aus der Stellung als Organmitglied ergebenden dienstvertraglichen Verhältnisse betreffen³, auch nach dem Ablauf der Bestelldauer Gültigkeit haben können, ist im Rahmen der Untersuchung der gegenseitigen Abhängigkeit von Bestellungs- und Anstellungsverhältnis nicht von Interesse.

4) Unbestimmte Dauer

a) Bestellung

Unstreitig ist, daß die Bestellung auf unbestimmte Dauer ebenfalls der Fünfjahreshöchstfrist unterliegt⁴. Ein Teil der Literatur ist aber der Ansicht, daß sie als Bestellung auf unbestimmte Zeit innerhalb der Höchstfrist zu gelten habe⁵, denn es sei davon auszugehen, daß Vorstandsmitglied

1) Baumbach-Hueck § 84,9; Teichmann-Koehler §75,1d; Schlegelberger-Quassowski § 75,7; BGHZ 3,9off (93)

2) s. dazu S. 27/28

3) vgl. S. 20

4) GroßK § 75,11; Baumbach-Hueck §84,5; Frels ZAkDR 42,259

5) GroßK § 75,11; Ritter § 75,2; Herold BA 1937/38 S. 493

Möhring-Schwartz S. 80; Vischer S. 55; v. Godin-Wilhelmi § 75, 4 a.E.

und Aufsichtsrat eine Bestellung auf unbestimmte Dauer gewollt hätten; dies entspräche objektiver und natürlicher Betrachtungsweise¹.

Andere wieder betrachten sie als zeitlich bestimmte, also fünfjährige Bestellung². Diese Meinung stützt sich auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB), denn eine kürzere Dauer käme in der Praxis ohne besonderen Anlaß nur selten vor³. (Der Streit erübrigt sich, wenn ein Anstellungsvertrag vorliegt, der eine bestimmte Laufzeit hat. Dann bestehen keine Bedenken, eine der Dauer des Anstellungsvertrages entsprechende Bestelldauer anzunehmen).

Der hier dargelegte Streit hat in seiner praktischen Auswirkung aber erst Bedeutung bei dem Problem des Widerrufs der Bestellung, er soll daher auch erst bei der Behandlung dieses Problems entschieden werden. Es sei aber schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß einige Vertreter der Meinung, nach der die Bestellung auf unbestimmte Dauer als Bestellung auf unbestimmte Zeit innerhalb der Höchstfrist zu gelten hat, wegen der unbestimmten Dauer der Bestellung einen befristeten Widerruf für zulässig erachten. Diese Meinung stellt sich gegen den Wortlaut des Gesetzes (§ 84 III 1), nach dem der Widerruf der Bestellung nur möglich ist, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

1) Vischer a.a.O.

2) Baumbach-Hueck § 84, 5; v. Godin-Wilhelmi 3. Aufl. § 84, 5; KK § 84, 1; so wohl auch Schlegelberger-Quassowski § 75, 14

3) KK § 84, 11 mit weiteren Nachweisen

b) Anstellung

Aufgrund des Gesetzeszweckes des § 84 I¹, der Fünfjahresdauer und des Inhaltes des Anstellungsvertrages muß davon ausgegangen werden, daß der Anstellungsvertrag für die Dauer der Bestellung geschlossen sein soll, falls diese bestimmt ist².

Ist auch die Dauer der Bestellung unbestimmt, so ergeben sich beim Anstellungsvertrag dieselben Probleme wie bei der Bestellung, das heißt es ist streitig, ob der Anstellungsvertrag ordentlich gekündigt werden kann, oder ob nur eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässig ist.

5) Die Mindestdauer von Bestellung und Anstellungsvertrag

Über die Mindestdauer sagt das Gesetz nichts aus. Unbestritten ist aber, daß die Fünfjahreshöchstfrist nicht zugleich die Mindestdauer darstellt³.

Schmidt⁴ wendet sich dagegen, daß aus der Natur des Vorstandsamtes eine Mindestdauer folge⁵, Mertens⁶ dagegen bejaht dies, wobei aber nicht angegeben wird, welche Dauer anzunehmen sei.

Andere Autoren⁷ halten, abgesehen von durch bestimmte Umstände bedingten Einzelfällen (z.B. Probezeit, Interimslösung), eine Mindestdauer von einem Jahr für erforderlich.

1) s.dazu o.S. 26 ff

2) KK § 84, 51

3) s.z.B. Baumbach-Hueck § 84, 5; Ritter § 75, 2c; Hefermehl DJ 42, 621

4) GroßK § 75, 13

5) so aber Baumbach-Hueck § 84, 5

6) KK § 84, 12

7) Vischer S. 47; Hefermehl a.a.O.

Die Zeitdauer darf nicht so kurz bemessen sein, daß das Vorstandsmitglied, beispielsweise in dem Bestreben, den Aufsichtsrat "zufriedenzustellen", aufgrund der gewünschten Verlängerung der Amtszeit faktisch in eine Abhängigkeit zum Aufsichtsrat gerät. Dies würde eindeutig dem Zweck der Aufgabenverteilung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand widersprechen .

Bei dieser Aufgabenverteilung ist davon auszugehen, daß das Aktienrecht als Organisationsrecht in erster Linie eine zweckmäßige Ordnung der Gesellschaft herstellen und sicherstellen soll. Der Gesetzgeber des AktG 1965 hat dabei die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand aus dem AktG 1937 übernommen und in der Vorbemerkung zum Vierten Teil der Entwürfe¹ "Verfassung der Aktiengesellschaft" dazu ausgeführt: "Der Vorstand leitet die Gesellschaft unter eigener Verantwortung. Der Aufsichtsrat wählt und überwacht den Vorstand".

Diese wie bisher unabdingbare und zwingende² Verteilung der Aufgaben und Abgrenzung der Zuständigkeiten beinhaltet, daß dem Vorstand die Geschäftsführung (§ 77) und Vertretung (§ 78) obliegen und er die Funktion eines eigenverantwortlichen Leiters der Gesellschaft (§ 76) innerhalb der Aktiengesellschaft hat.

Die hauptsächliche Aufgabe des Aufsichtsrats besteht in der Überwachung der Geschäftsführung des Vorstandes (§ 111), wobei dem Aufsichtsrat Maßnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden dürfen, § 111 IV. Trotz des grundsätzlichen

1) vgl. Begründung Reg.E. bei Klausning S. 95

2) siehe dazu Jagenburg AG 1965, S. 161 unter Fußn. 64 m.w. Nachweisen

Festhaltens an der Aufteilung der Aufgaben¹ ist dabei aber nicht zu verkennen, daß der Gesetzgeber in einigen Beziehungen die Befugnisse des Vorstandes zugunsten des Aufsichtsrats und der in der Hauptversammlung vertretenen Aktionäre abgeschwächt hat². Ohne Zweifel hängt aber die Gewichtsverteilung im Verhältnis Aufsichtsrat - Vorstand faktisch letztlich von den beteiligten Personen, den Kapitalverhältnissen und anderen Gegebenheiten ab³.

Die Unabhängigkeit soll aber nicht im eigenen persönlichen Interesse des Organmitgliedes gewährleistet sein, denn dieses hat kein selbständiges schutzwürdiges Interesse an einer unabhängigen Geschäftsführung⁴. Durch die vom Gesetzgeber gewollte Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit sollen neben dem Wohl der Gesellschaft und der Allgemeinheit⁵ vor allem die Interessen der Minderheitsaktionäre geschützt werden. Denn je einflußreicher ein Mehrheitsaktionär oder die über die Stimmenmehrheit verfügende Aktionärsgruppe in der Hauptversammlung oder über die von ihnen abhängigen Personen im Aufsichtsrat sind, desto größer ist die Gefahr, daß der Vorstand seine Geschäftsführung einseitig nach "Empfehlungen" dieser Aktionäre bzw. Aufsichtsratsmitglieder ausrichtet⁶. Es muß also davon ausgegangen werden, daß die Organe bei der

1) Begründung Reg.E. bei Klausning S. 95

2) s. dazu Möhring NJW 1966, 6 ff; Begründung Reg.E. bei Klausning a.a.O.; vgl. § 90 mit § 81 a.F.; s. auch § 111 IV 2, dazu ausführlich Jagenburg a.a.O.

3) KK vor § 76, 11

4) Mestmäcker S. 81

5) Vgl. § 70 I a.F. und Würdinger § 20 VI 2

6) Mestmäcker S. 82; Strauß, Rechtstellung S. 24; Hachenburg, Wandlungen S. 59/60; Marsilius S. 281

Erfüllung ihrer Aufgaben, ihrer organisatorischen Stellung entsprechend, möglichst unabhängig und unbeeinflusst entscheiden können. Es soll eine Abhängigkeit des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat, und ebenso umgekehrt, vermieden werden.

Vom Gesetzeszweck her ist somit eine Mindestdauer erforderlich. Es dürfte zweckmäßig sein, als Mindestdauer für die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer AG die Dauer von zwei Geschäftsjahren zugrunde zu legen. Mit dieser Mindestdauer ist gewährleistet, daß das Vorstandsmitglied in jedem Fall bis zu dem Zeitpunkt im Amt bleibt, bis zu dem spätestens die Feststellung des Jahresabschlusses über das abgelaufene Geschäftsjahr (durch die Hauptversammlung, vgl. §§ 173 I, 175 I 2) erfolgt und durch den Vorstand zum Handelsregister eingereicht ist (§ 177 I).

Die bei der Bestellung einzuhaltende Mindestdauer muß aus den gleichen Gründen auch für den Anstellungsvertrag gelten¹.

6) Die Verlängerungsklausel bei der Bestellung und im Anstellungsvertrag

a) Die wiederholte Bestellung und die Verlängerung der Amtszeit

Gegenüber der Vorschrift des § 75 I a.F., der nur bestimmte, daß eine "wiederholte Bestellung zulässig" ist, hat § 84 I 2-4 Klarstellungen gebracht. Dadurch ist ein umfangreicher Meinungsstreit, den

1) Möhring-Schwartz S. 80; Vischer S. 63;
Schlegelberger-Quassowski § 75, 5

die Formulierung des § 75 I hervorrief¹, beendet worden.

Nach § 84 I 2-4 ist eine wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit zulässig, und zwar jeweils für fünf Jahre. Jede Verlängerung bedarf eines Aufsichtsratsbeschlusses. Nur die Verlängerung der Amtszeit, die weniger als fünf Jahre beträgt, kann ohne Beschluß festgelegt werden, wenn dies vorgesehen ist² und wenn dann die gesamte Amtszeit³ nicht mehr als fünf Jahre beträgt. Ein Beschluß über die Verlängerung der Amtszeit kann frühestens ein Jahr vor deren Ablauf gefaßt werden, dabei kann die Wirkung des Beschlusses sofort oder erst mit Ablauf der alten Amtsperiode eintreten.

Dazu ein Beispiel:

Die X - AG bestellt ein Vorstandsmitglied auf drei Jahre. Der Bestellungsbeschluß enthält die Bestimmung, daß sich die Amtszeit nach Ablauf der drei Jahre um zwei Jahre verlängere. Diese Bestimmung ist in der Satzung und im Anstellungsvertrag nicht enthalten.

Die Amtszeit kann sich nach dem Gesetz ohne Aufsichtsratsbeschluß um zwei Jahre verlängern. Voraussetzung ist aber eine entsprechende Bestimmung in der Satzung oder im Anstellungsvertrag. Hier bedarf die Verlängerung der Amtszeit um weitere zwei Jahre also eines erneuten ausdrücklichen Beschlusses.

1) siehe dazu v. Godin-Wilhelmi § 75, II 4;

GroßK § 75, 11; Hefermehl DJ 42, 622

2) in der Satzung oder im Anstellungsvertrag

3) ursprüngliche und verlängerte Amtszeit

b) Die Verlängerungsklausel im
Anstellungsvertrag

Der schon erwähnte Zweck der Fünfjahreshöchstfrist¹ steht der in der Praxis üblichen Verlängerungsklausel im Anstellungsvertrag nicht entgegen. In dieser Klausel wird bestimmt, daß sich der Anstellungsvertrag unter den gleichen Bedingungen um die gleiche Zeitdauer verlängern soll, falls er nicht ausdrücklich gekündigt wird. Der Gesetzeszweck erfordert neben der Überprüfung der erneuten Bestellung keine Überprüfung des Anstellungsvertrages. Nach unbestrittener Ansicht² muß der Verlängerungsklausel deshalb Rechtswirksamkeit für den Fall zuerkannt werden, daß die Wiederbestellung des Vorstandsmitgliedes oder die Verlängerung der Amtszeit innerhalb der Fünfjahreshöchstdauer durch Beschluß des Aufsichtsrates (oder aufgrund einer in der Satzung oder im Anstellungsvertrag enthaltenen Regelung) erfolgt. Der Gesetzgeber hat sich diese Ansicht in § 84 I 5 2. Halbsatz zu eigen gemacht.

7) Zwischenergebnis

Bisher kann zusammenfassend festgestellt werden, daß sich bei der Behandlung der dargestellten Probleme in der Rechtsanwendung kein Unterschied zwischen Dualistischer und Monistischer Theorie ergeben hat. Auch für die Anhänger der Dualistischen Theorie kann eine unterschiedliche Dauer von Bestellung und Anstellung nicht in Frage kommen.

1) s.o.S. 26, 27

2) Literatur bei Vischer S. 64, Fußn. 30

Offengeblieben sind die Probleme, die sich aus der unbestimmten Dauer von Bestellung oder Anstellung ergeben können. Sie werden im Zusammenhang mit dem Widerruf der Bestellung und der Kündigung des Anstellungsvertrages behandelt.

III Der Widerruf der Bestellung und die Kündigung des Anstellungsvertrages

1) Die gesetzlichen Bestimmungen

Das Aktiengesetz 1937 hob die jederzeitige Widerrufbarkeit nach dem HGB (§ 231 III: Die Bestellung zum Mitglied des Vorstandes ist jederzeit widerruflich) auf und bestimmte in § 75 III 1, daß der Aufsichtsrat die Bestellung zum Vorstandsmitglied nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes widerrufen kann. Das Aktiengesetz 1965 hat diese Regelung in § 84 III 1 beibehalten.

Die Literatur¹ hält in Übereinstimmung mit dem Gesetzgeber² den wichtigen Grund für erforderlich, um die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat zu gewährleisten³.

-
- 1) Baumbach-Hueck § 84, 14; Ritter § 75, 4 d; Schlegelberger-Quassowski § 75, 1;
 - 2) Vgl. Reg.E. zu § 84 bei Klausning S. 106
 - 3) Daß dieser Schutz gerechtfertigt ist, zeigt der von H. Seeberg geschilderte Fall, in: Der Volkswirt 1958, S. 559-561: Der Aufsichtsratsvorsitzende der Hapag (!) hatte, sobald er Mehrheitsaktionär war, geäußert, er werde sein AR-Mandat niederlegen, es einem Familienmitglied übertragen und selbst den Vorsitz im Vorstand übernehmen.
Auch die Entscheidung des BGH, die die Abberufung wegen Vertrauensentzugs betreffen, lassen die Notwendigkeit der Unabhängigkeit erkennen; das Vertrauen wurde entzogen durch: 1 Aktionär mit 76 % (BGHZ 12, 1ff); 1 Aktionär mit 100 % (BGHZ 13, 188 ff); 1 Aktionär mit 95 % (BGHZ 15, 71 ff); 2 Aktionäre mit fast 100 % (BGH im WM 1956, 1182 ff); 1 Aktionär mit 100 % (BGH in WM 1961, 569 ff); 1 Aktionär mit 51 % (BGH in WM 1962, 811 ff)

Die in vielen Gesetzen gebrauchte Generalklausel des "wichtigen Grundes"¹ ist, auch in § 84, vom Gesetzgeber nicht von vorneherein dazu bestimmt, Rechtsfolgen mit rein logischer Deduktion aus exakten geisteswissenschaftlichen Begriffen abzuleiten².

Aus der Natur des Bestellungsaktes als eines Aktes der notwendigen Organisation und damit der körper-schaftlichen Selbstverwirklichung und aus der sich daraus ergebenden Stellung als Organmitglied folgt aber, daß auch bei der Abberufung als actus contrarius nur körperschaftliche Überlegungen eine Rolle spielen können.

Bei der Auswahl eines Vorstandsmitgliedes geht der Aufsichtsrat von bestimmten Vorstellungen aus. Er wird die Qualifikation für bestimmte Aufgabengebiete anhand der bisherigen Tätigkeit der in Frage kommenden Person überprüfen; falls der zu Bestellende den Aufsichtsratsmitgliedern nicht persönlich bekannt ist, wird durch Auskünfte Dritter oder durch ein persönliches Gespräch zu ergründen versucht, inwieweit der zu Bestellende als Persönlichkeit geeignet ist, eine Leitungsfunktion wahrzunehmen. Weitere Auswahlkriterien sind z.B. die unternehmerische Initiative, die bisher gezeigten Erfolge bei der Lösung schwieriger Aufgaben und ähnliches mehr. Diese Auswahlkriterien werden selbstverständlich auch grundsätzlich dort angewandt, wo es sich um die Anstellung eines leitenden Angestellten handelt. Der Unterschied zu einer Anstellung liegt aber darin, daß bei der Berufung in das Amt, als eines notwendigen Organisationsaktes, vor allem die Interessen der Gesellschaft verwirklicht werden. Deshalb muß auch bei einem Widerruf

1) s. dazu die Aufstellung bei F.Scholz SJZ 1949, S. 2 ff

2) Bartholomeyczik, Kunst S. 69

aus dem Amt allein auf dieses körperschaftliche (organisatorische) Interesse der Gesellschaft abgestellt werden¹. Das Interesse des Vorstandsmitgliedes an dem Weiterbestehen seiner Stellung, das selbstverständlich vorhanden ist, kann daher in diesem Rahmen keine Berücksichtigung finden. Da gemäß § 84 III 5 durch den Widerruf der Bestellung die Vorschriften des BGB über den Anstellungsvertrag nicht berührt werden, führt diese Meinung auch nicht zu ungerechtfertigten Ergebnissen.

Bei der Prüfung der Frage, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung des Anstellungsvertrages gegeben ist, ist nach § 626 I BGB nämlich sowohl auf das Interesse der Gesellschaft als auch auf das Interesse des Vorstandsmitgliedes abzustellen und eine Abwägung der Interessen beider Teile vorzunehmen. Anzumerken ist, daß weder für die Abberufung noch für die Kündigung aus wichtigem Grund ein Verschulden des Vorstandsmitgliedes erforderlich ist².

1) v. Godin-Wilhelmi § 75, III 7; Vischer S.81, 82

2) Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB § 626, II Anm. 6,7 mit weiteren Nachweisen; Palandt-Putzo § 626 Anm. 4; unklar der BGH: In der Entscheidung vom 20. Oktober 1954 (BGHZ 15, 71 ff., 75) spricht der Senat unter Berufung auf eine frühere Entscheidung in LM Nr. 5 zu § 75 AktG a.F. davon, daß Verschulden im Rahmen des § 626 BGB erforderlich sei. In der Anmerkung von Fischer zur Entscheidung des BGH in BGHZ 15, 71 ff., in LM Nr. 9 zu § 75 AktG a.F. wird ebenfalls von dem Erfordernis des Verschuldens als Voraussetzung der fristlosen Kündigung des Anstellungsvertrages des Vorstandsmitgliedes gesprochen.

Die Verweisungen sind nicht zutreffend, denn der BGH hatte das Verschulden nur zu prüfen, weil aufgrund Parteivereinbarung eine fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages des Vorstandsmitgliedes nur bei Verschulden erfolgen sollte.

Das Gesetz selbst zählt in § 84 III 2, allerdings nicht abschließend¹, einige Gründe auf, die den Widerruf der Bestellung rechtfertigen: Grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung und Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung. Der wichtige Grund des Entzugs des Vertrauens durch die Hauptversammlung bestätigt wiederum die Ausführungen, die zur Interessenabwägung beim wichtigen Grund gemacht wurden; denn nach unbestrittener Ansicht bedarf es beim Vertrauensentzug keines Nachweises seitens der Aktiengesellschaft, daß das Vorstandsmitglied seine Geschäfte nicht ordnungsgemäß geführt habe². Daß eine Berücksichtigung der Interessen des Vorstandsmitgliedes nicht erforderlich ist, ergibt sich schon daraus, daß der wichtige Grund nicht in der Person des Vorstandsmitgliedes liegen muß, sondern sich aus Umständen ergeben kann, die auf einer Bewertung seiner Person durch Dritte beruhen³. Für die Darstellung des Streites zwischen den beiden Theorien in Bezug auf den Widerruf der Bestellung und dessen Auswirkungen auf den Anstellungsvertrag der Dualistischen Theorie ist nicht erforderlich, daß die vom Gesetz genannten oder sonstigen wichtigen Gründe im einzelnen näher untersucht werden, denn sie sind nicht Gegenstand dieses Theorienstreites⁴.

-
- 1) vgl. § 84 III Satz 2, § 75 III Satz 2: Ein solcher Grund ist namentlich.....
 - 2) BGHZ 13, 188 ff. (192) unter Zustimmung der Literatur: Würdinger § 20 II 2 a; Baumbach-Hueck § 75, 5 c; Hueck, Gedanken S. 18; GroßK § 75, 14; Mestmäcker S. 83; KK § 84, 63; zu den Bedenken vgl. Duden, BB 61, 225 ff (226, 227)
 - 3) KK § 84, 63; Soergel-Siebert § 27, 21; Staudinger-Coing § 27, 14
 - 4) zu den einzelnen Gründen kann daher auf die Literatur verwiesen werden; vgl. v. Godin-Wilhelmi 3. Aufl. § 84, 12, 13; Baumbach-Hueck § 84, 12 ff; zum Vertrauensentzug insbesondere Dietel, Vertrauensentzug

Es sei aber noch darauf hingewiesen, daß weder in der Satzung noch im Anstellungsvertrag und auch nicht bei der Bestellung selbst, der Begriff des wichtigen Grundes für die Parteien verbindlich definiert werden kann¹, denn dies würde eine richterliche Überprüfung und damit die Ausfüllung der Generalklausel durch die Rechtsprechung nicht ermöglichen.

Falls die Parteien aber wichtige Gründe festgelegt haben, können diese dem Richter allenfalls einen Anhaltspunkt dafür geben, was im konkreten Fall als erheblich angesehen werden kann².

2) Die Rechtswirkungen

a) Dualistische Theorie

Der Widerruf der Bestellung beendet die Stellung als Organ und damit, je nachdem welche Rechtswirkungen der Bestellung beigemessen werden, entfallen auch diese Rechtswirkungen³. - Streit besteht insoweit, als die Auswirkungen des Widerrufs der Bestellung auf das Anstellungsverhältnis erörtert werden.

Es wird davon ausgegangen, daß aufgrund der verschiedenen Auslegung des wichtigen Grundes in § 84 und in § 626 BGB⁴ sich die Lösbarkeit des Anstellungsverhältnisses allein nach letzterer Vorschrift richtet⁵. Dabei wird wiederum betont,

-
- 1) BGHZ 8, 348 ff (361); BGH WM 1955, 1222; KG JW 1939, S. 492; GroßK § 75, 9; KK § 84, 64; Schlegelberger-Quassowski § 75, 9; RGZ 75, 234 ff (238)
 - 2) Möhring-Schwartz S. 82
 - 3) es wird insoweit auf die Darstellung der Meinung verwiesen, s.o. S.10 ff
 - 4) s.o. S. 41, 42
 - 5) vgl. § 84 III 5 (§ 75 III 5 a.F.); Staudinger-Coing § 27, 14; v. Godin-Wilhelmi 3. Aufl. § 84, 15; Baumbach-Hueck § 84, 17; Hueck, Betrieb 1954 276; Grub AR-Blattei, Jur. Personen I, III 8; Hefermehl NJW 1951, 881; Würdinger § 21 II 2 b; Schlegelberger-Quassowski §75, 13 14; Dietrich, JW 1937, 649 ff (651)

daß in der Praxis mit dem Widerruf der Bestellung meistens gleichzeitig eine Kündigung des Anstellungsverhältnisses verbunden ist¹, insbesondere dann, wenn der Widerruf wegen Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur Geschäftsführung erfolgt, der wichtige Grund also in der Person des Bestellten zu suchen ist².

Zur Geltungszeit des HGB wurde, offenbar aufgrund des Wortlautes der Vorschrift des § 231 III HGB³, eine Meinung vertreten, die notwendigerweise mit dem Widerruf der Bestellung eine Auflösung oder fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages verband⁴. Trotz Wegfall des Dienstverhältnisses sollte aber der Vergütungsanspruch des Vorstandsmitgliedes nur dann erlöschen, wenn ein wichtiger Grund nach § 626 BGB bestanden habe. Dies sei eine gesetzliche Besonderheit, die sich aus der Sonderstellung als Organ ergebe. Biedermann befürwortet diese Ansicht, trotz der Änderung des Wortlautes des Gesetzes im Aktiengesetz 1937, auch noch im Rahmen des § 75 a.F.⁵.

-
- 1) Schmidt JZ 1951, 690; Teichmann-Koehler § 75, 3c; KK § 84, 57; Baumbach-Hueck § 84, 17; Reinhardt, Ges. Recht Anm. 470
 - 2) Staudinger-Coing § 27, 14; Soergel-Siebert § 27, 21
 - 3) "Die Bestellung zum Mitglied des Vorstandes ist jederzeit widerruflich, unbeschadet der Ansprüche auf die vertragsmäßige Vergütung". Vgl. auch die Regelung in § 38 I GmbHG.
 - 4) Brand § 231, 5 b, dd; Brodmann § 231, 6 c; Lehmann K, S. 249, 251
 - 5) Biedermann, Bestellung S. 36-38

Das sonstige Schrifttum zu § 231 HGB¹ ließ grundsätzlich den Anstellungsvertrag trotz des Widerrufs bestehen. - Es wurde dabei übereinstimmend darauf hingewiesen, daß die Frage, ob das Anstellungsverhältnis weiter bestehe und damit dem gewesenen Vorstandsmitglied der Vergütungsanspruch weiter zustehe, sich nach den "allgemeinen Regeln des BGB" bestimme. Der Vergütungsanspruch sei also immer dann noch gegeben, wenn der Gesellschaft kein Kündigungsrecht nach § 626 BGB zugestanden habe. Bei Fortbestand des Anstellungsvertrages müsse man unter Anwendung der allgemeinen Regeln davon ausgehen, daß die Gesellschaft die Annahme der geschuldeten Dienste verweigere². Da das gewesene Vorstandsmitglied wegen des Mangels der Organfähigkeit keine Vorstandsdienste mehr ausüben könne, dieser Mangel aber darauf beruhe, daß die Gesellschaft die Voraussetzungen für die Vorstandstätigkeit beseitigt habe, sei Annahmeverzug, § 615 BGB, gegeben³.

Das Schrifttum zum Aktiengesetz 1937 und 1965 läßt sich in zwei Meinungsgruppen gliedern, von denen die eine die Annahmeverzugsregeln des § 615 BGB, die andere die Vorschriften über die Unmöglichkeit nach §§ 323 ff BGB anwenden will.

Zur Begründung der letzteren Ansicht wird angeführt⁴, daß angesichts des Widerrufs das ehemalige Vorstandsmitglied nicht in der Lage sei, die Dienste weiter zu leisten; Die Erfüllung sei ihm nachträglich unmöglich geworden. Dies führe zur Beendigung des

1) Molitor, Ehrenberg-Festschrift S. 52; Ring-Schachian S. 178; Wieland S. 164; Fischer in Ehrenberg S. 218; Koenige § 231, 6b; Müller-Erzbach Kap. 52, Anm. 1; Staub-Pinner § 231, 14

2) Wieland a.a.O.

3) Molitor a.a.O.

4) Teichmann-Koehler § 75, 3 e; Haupt-Reinhardt § 34 III 2 a

Dienstverhältnisses jedenfalls dann, wenn das Vorstandsmitglied das Unvermögen zu vertreten habe. Ähnlich ist auch Molitor¹ ohne weitere Begründung der Ansicht, daß bei einem Widerruf der Bestellung der Anstellungsvertrag durch die Unmöglichkeit seiner Erfüllung endet. Unklar ist die Meinung von Grub², der § 615 BGB nicht für anwendbar hält, da es dem Vorstandsmitglied nach der Abberufung nicht möglich sei, die versprochenen Dienste auszuüben. Trotzdem stünden ihm aber die Ansprüche bis zum Ablauf des Vertragsverhältnisses zu.

Diejenigen, die Annahmeverzug bejahen³, argumentieren, daß ein Fortbestehen des Vertrages nicht sinnlos sei, da das Gesetz die Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag unberührt lasse und damit dem gewesenen Vorstandsmitglied nicht nur der Gehaltsanspruch bleibe, sondern auch die Möglichkeit bestehe, als Angestellter in den Dienst der Gesellschaft zu treten⁴. Andere lassen es bei der Feststellung bewenden, die Vorschriften über die Unmöglichkeit seien nicht anwendbar⁵, da sie wegen der zuweilen denkbaren Annäherung des Dienst- an das Arbeitsverhältnis im allgemeinen nicht gelten könnten⁶, oder die Gesellschaft sei zur Annahme der geschuldeten Leistung nicht verpflichtet⁷.

1) in AG 1957, 193; im Gegensatz zu seiner Äußerung in Ehrenberg

2) AR-Blattei, Jur. Personen I, III 8

3) GroßK § 75, 16; Hefermehl NJW 1951, 881; Oertmann § 27, 3b B; Pakebusch S. 85;

4) GroßK a.a.O.; diese Begründung kann aber die Existenz des Anstellungsvertrages nicht rechtfertigen, (vgl. o.S. 20 unter Fußn. 8)

5) Hefermehl a.a.O.

6) Pakebusch a.a.O.

7) Oertmann a.a.O.

Würdinger¹ stellt fest, daß die Rechte erhalten blieben.

Zur Entscheidung der Frage, welcher dieser Meinungen der Vorzug zu geben ist, bedarf es der Darstellungen der Meinungen der Monistischen Theorie und des Vergleichs der einzelnen Ansichten in der Rechtsanwendung.

b) Monistische Theorie

Zur Frage der Wirkung des Widerrufs der Bestellung auf das Anstellungsverhältnis äußern sich als Vertreter der Monistischen Theorie nur v. Godin-Wilhelmi und Ritter.

aa) Die Ansicht Ritters

Nach Ritter² entzieht der Widerruf dem Vorstandsmitglied die Vertretungsmacht und die Geschäftsführungsbefugnis. Der restliche Teil des Bestellungsverhältnisses könne dann als Dienstverhältnis gekündigt werden. Mit der Formulierung des Gesetzes "für die Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag gelten die allgemeinen Regeln" sei gemeint, für die von der Entziehung der Vertretungsmacht und Geschäftsführung nicht betroffenen Rechte und Pflichten aus dem von dem Bestellungsvertrag umfassten Dienstverhältnis gelten die besonderen für dieses Verhältnis anzuwendenden Vorschriften: §§ 611 - 630 BGB³. Diese Rechte und Pflichten könnten aus den Gründen aufgehoben werden, die sich aus dem Dienstvertrag ergäben⁴. Keine aus-

1) § 21, II 2 b

2) § 75, 4 b

3) § 75, 4 h

4) § 75, 5

drückliche Stellung bezieht Ritter zu der Frage des Vergütungsanspruchs des ehemaligen Vorstandsmitgliedes; da er aber ausdrücklich auf die Vorschriften der §§ 611 ff BGB verweist, kann angenommen werden, daß auch er vom Annahmeverzug der Gesellschaft ausgeht.

Ritter nimmt demnach bei der Bestellung zum Vorstandsmitglied ein einheitliches Bestellungsrechtsverhältnis an¹, argumentiert aber beim Widerruf wie ein Vertreter der Dualistischen Theorie, da er dort ebenfalls zwischen Bestellung und Anstellungsverhältnis unterscheidet. Allein die Bezeichnung des Anstellungsverhältnisses als "Teil des Bestellungsrechtsverhältnisses" kann darüber nicht hinwegtäuschen.

bb) Die Ansicht v. Godins

Es ist verständlich, daß die Vertreter der Dualistischen Theorie, die die Trennung insbesondere wegen der verschiedenen Rechtsfolgen, die bei dem Widerruf und der Kündigung aus wichtigem Grund bestehen sollen, für erforderlich halten, sich bei ihrer Kritik auf die Ausführungen v. Godin berufen².

Sie berufen sich insbesondere auf die Formulierung "durch den Widerruf kann das einheitliche Vorstandsverhältnis nur ganz, nicht teilweise beendet werden"³. Bei der geübten Kritik wird aber nur oberflächlich auf die Ausführungen v. Godins Bezug genommen; es ist deshalb erforderlich, dessen Erläuterungen genauer zu untersuchen.

Dabei besteht die Schwierigkeit, daß die Ansicht v. Godins erstmals in der ersten Auflage⁴ des Kommentars zum Aktiengesetz und dann in einem Aufsatz⁵ nur knapp begründet wurde, während die Aus-

1) s. dazu o.S. 23, 24

2) GroßK § 75, 16; Vischer S. 136

3) v. Godin-Wilhelmi § 75, 7

4) 1. Auflage 1937

5) ZAkDR 1938, 596

führungen in der zweiten Auflage zwar etwas ausführlicher, teilweise aber nur schwer von den zur Dualistischen Theorie gemachten Ausführungen zu trennen sind. Die eigene Ansicht von Godins läßt sich aber ergänzend aus seiner zur Dualistischen Theorie geübten Kritik ableiten.

Von Godin führt aus¹: Das Gesetz unterscheide zwischen dem aus der Bestellung hervorgehenden Rechtsverhältnis zur Gesellschaft und dem Anstellungsverhältnis. Letzteres werde vom Gesetz selbst in wichtigen Punkten und erschöpfend und zwingend geregelt. Die durchgeführte gesetzliche Trennung könne nicht dazu führen, daß der Anstellungsvertrag trotz der Abberufung bestehen bleibe, etwa weil der Grund, der sich als wichtig für die Abberufung erweise, kein wichtiger Grund für die Lösung des Anstellungsvertrages sei. Vielmehr sei die Abberufung immer ein wichtiger Grund, das Dienstverhältnis zu lösen. Richtiger: Sie löse dieses von selbst auf, das Vorstandsmitglied sei zur Leistung von Diensten als solcher, und nur als solcher verpflichtet. Diese Leistung werde durch die Abberufung unmöglich.

Da die geschuldete Leistung nicht mehr vollbracht werden könne, könne sich die Aktiengesellschaft auch nicht in Annahmeverzug befinden. Die Aktiengesellschaft habe auch ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Vorstandes die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, da sie bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nur von einem ihr zustehenden Recht Gebrauch mache. Die Abberufung stelle auch ohne Kündigung des Anstellungsvertrages den Abberufenen nach § 323 BGB von der Dienstleistung und die Gesellschaft nach §§ 626, 628 BGB von der Gehaltszahlung frei. Die Konsequenz sei, daß das Vorstandsmitglied auch bei unverschuldeter Abberufung seinen

1) 1. Aufl. § 75, 7

Gehaltsanspruch verliere.

Dieses Ergebnis, nämlich der Verlust der Gehaltsansprüche des Vorstandsmitgliedes, auch ohne daß dieses den wichtigen Grund verschuldet habe, befriedige wenig und rühre von der verfehlten gesetzlichen Unterscheidung zwischen Vorstands- und Angestelltenverhältnis und der ausdrücklichen Anrufung der allgemeinen Vorschriften für letzteres her¹.

Dieses Ergebnis sei ein weiteres Beispiel dafür, warum in der Annahme eines gesonderten Verhältnisses eine unnötige und gekünstelte Verwicklung zu sehen sei. Die Dualistische Theorie bleibe die Antwort darauf schuldig, welchen Inhalt der Dienstvertrag noch haben solle, wenn die Bestellung weg falle. Andere Pflichten und Rechte als Vorstandspflichten und Vorstandsrechte habe das Vorstandsmitglied nicht².

Für den Fall, daß der Widerruf durch rechtskräftiges Urteil für unbegründet erklärt werde, gelte für den Anspruch auf Gehalt nach "allgemeinen Vorschriften", daß der Widerruf unwirksam sei. Der Gehaltsanspruch bestehe dann auch für die Zeit, in der das Vorstandsmitglied nicht dem Vorstand angehört habe.³

3) Die Auswirkungen der beiden Theorien bei der Rechtsanwendung

Nachdem aufgezeigt wurde, welche Rechtswirkungen nach den beiden Theorien ein Widerruf der Bestellung hat, soll anhand von Fällen untersucht werden, inwieweit bei der Rechtsanwendung Unterschiede feststellbar sind.

1) 2. Auflage, § 75 Anm. 7, S. 323, 324;
§ 75 Anm. 11

2) ZAkDR 38, 596, 597

3) 2. Auflage a.a.O.

- a) Fallgestaltungen, bei denen kein Unterschied feststellbar ist.

Fall 1:

Die X - AG stellt elektrische Rasierapparate her und produziert ein neues Modell auf Lager, da sie sich bei einer mit großer Werbung verbundenen Auslieferung einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Y - AG verspricht, die auf demselben Markt tätig ist. Ihr Vorstandsmitglied B erzählt in gelöster Stimmung einem Dritten von diesem Vorhaben. Der Dritte teilt dies der Y - AG mit. Daraufhin ändert diese ihre Geschäfts- politik und bringt einen neuen Apparat noch vor der X - AG auf den Markt.

Der Aufsichtsrat der X - AG widerruft die Bestellung des B und kündigt das Anstellungsverhältnis fristlos.

Lösung nach der Dualistischen Theorie:

Widerruf und Kündigung aus wichtigem Grund sind berechtigt. B scheidet aus dem Vorstand aus und verliert seinen Gehaltsanspruch gem. §§ 626, 628 BGB.

Lösung nach der Monistischen Theorie:

Der Widerruf des einheitlichen Bestellungsverhältnisses aus wichtigem Grund ist berechtigt. B scheidet aus dem Vorstand aus und verliert seinen Gehaltsanspruch.

Im Ergebnis besteht also hier zwischen den beiden Theorien kein Unterschied.

Fall 2:

Wie Fall 1. Nur hat nicht B, sondern das
Vorstandsmitglied F geplaudert. Der X - AG
war aber zugetragen worden, es sei B gewesen.

Lösung nach der Dualistischen Theorie:

Der Widerruf der Bestellung des B war unberechtigt.
Mit rechtskräftiger Entscheidung über die Unwirksam-
keit der Abberufung tritt B wieder in seine alte
Position ein. Aufgrund der unberechtigten fristlosen
Kündigung geriet die X - AG in Annahmeverzug,
§ 615 BGB. Dem B steht damit für die Zeit der unbe-
rechtigten Abberufung der Gehaltsanspruch zu.

Lösung nach der Monistischen Theorie:

Der Widerruf war unberechtigt. Mit rechtskräftiger
Entscheidung über die Unwirksamkeit der Abberufung
tritt B wieder in seine alte Position ein. Aufgrund
der "allgemeinen Vorschriften" steht dem B für die
Zeit der Abberufung der Gehaltsanspruch zu. Da die
Regeln über den Annahmeverzug keine Anwendung finden
sollen, kann v. Godin nur von einer Anwendung des
§ 324 I BGB her zu diesem Ergebnis kommen.

Im Ergebnis besteht also auch hier zwischen beiden
Theorien kein Unterschied.

Ebenso erweist sich der v. Godin selbst angeführte
Nachteil seiner Theorie, daß nämlich das Vorstands-
mitglied auch unverschuldet seinen Gehaltsanspruch
verlieren kann, nicht als stichhaltig. Wie schon
erläutert wurde, ist nach richtiger Ansicht weder
zum Widerruf noch zur fristlosen Kündigung ein Ver-
schulden des Vorstandsmitgliedes erforderlich¹.

1) s.o.S. 41

- b) Fallgestaltung, bei der angeblich ein Unterschied feststellbar ist

Fall 3:

B hat ein Jahrzehnt die Vorstandsgeschäfte der X - AG untadelig geführt. Er will sich verändern, und zwar zu dem Konkurrenzunternehmen Y - AG, da er Bedenken gegen die Geschäftsführungs- und Verwaltungsmaßnahmen des neu bestellten Vorstandsvorsitzenden hat. Diese Bedenken äußert er gegenüber einem Aufsichtsratsmitglied. B tritt mit der Y - AG in Verhandlungen ein, die sich lange hinziehen. Davon macht er ebenfalls dem Aufsichtsrat der X - AG Mitteilung. Die Hauptversammlung der X - AG entzieht B das Vertrauen, da sie eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit innerhalb des Vorstandes für nicht mehr gewährleistet ansieht. Der Aufsichtsrat widerruft nunmehr die Bestellung des B.

Da die Rechtsabteilung eine fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages aus dem vorliegenden Grund für nicht zulässig hält, unterbleibt diese.

Lösung nach der Dualistischen Theorie:

Der Widerruf der Bestellung ist wirksam. Da eine fristlose Kündigung nicht erfolgt, kommt die Gesellschaft in Annahmeverzug. Nach § 615 BGB behält der B seinen Gehaltsanspruch bis zum Ablauf seines Anstellungsvertrages.

Lösung nach der Monistischen Theorie:

Der Widerruf der Bestellung ist wirksam. Da die Leistung von Vorstandsdiensten durch die Abberufung unmöglich wurde, die Gesellschaft aber nur von einem ihr zustehenden Recht Gebrauch gemacht hat, hat

sie die Unmöglichkeit nicht zu vertreten. B verliert gemäß § 323 BGB seinen Gehaltsanspruch, daher analoge Anwendung des § 628 BGB.

Insoweit besteht also ein Unterschied in der praktischen Rechtsanwendung, und es hat den Anschein, daß die an der Monistischen Theorie geübte Kritik wenigstens in diesem Fall ihre Berechtigung findet. Es fragt sich aber, ob die unterschiedliche Rechtsfolge bei der Lösung nach der Monistischen Theorie durch v. Godin, nämlich der Verlust des Gehaltsanspruchs des Vorstandsmitgliedes, eine notwendige Schlußfolgerung aus der Konstruktion der Monistischen Theorie selbst ist, oder aber, ob möglicherweise nur v. Godin aufgrund einer nicht zutreffenden Schlußfolgerung zu diesem Ergebnis kommt. Ist dies der Fall, dann fände die Kritik der Dualistischen Theorie zwar an der speziellen Lösung v. Godins ihre Berechtigung, nicht aber wäre damit die rechtliche Konstruktion der Monistischen Theorie angegriffen.

Es soll aber nicht geprüft werden, ob Unmöglichkeit oder aber Annahmeverzug vorliegt, vielmehr wird bei der Monistischen Theorie, von der Meinung v. Godins ausgehend, die Unmöglichkeitsregel angewendet.

Auch die Monistische Theorie erkennt an, daß das einheitliche Bestellungsverhältnis in gewisser Beziehung dem Dienstvertrag ähnlich ist und daher die Vorschriften des bürgerlichen Rechts wegen Rechtsähnlichkeit hilfsweise und sinngemäß anzuwenden sind¹. Dies tut v. Godin auch, indem er beispielsweise die Vorschriften der §§ 323, 628 BGB Anwendung finden läßt.

1) v. Godin § 75, 2; ZAkDR 38, 596

Bei der Vorschrift des § 323 BGB besteht aber Übereinstimmung darüber, daß bei Leistungsstörungen die starre Regelung des Abs. I 1 gemildert werden muß, da die strenge Anwendung des Unmöglichkeitrechts zu, von der Interessenlage her gesehen, unbilligen Ergebnissen führen kann. Dies insbesondere dann, wenn der Gläubiger die Leistung des Schuldners verhindert, ohne daß ein "Vertretenmüssen" gegeben ist. v. Godin meint denn auch bei der hier in Frage stehenden Fallgestaltung selbst, sein gewonnenes Ergebnis befriedige wenig¹. Rechtsprechung² und Lehre³ haben sich daher gegen die früher herrschende "strenge Unmöglichkeitstheorie"⁴ ausgesprochen, die man bei allen eintretenden und beiderseits unverschuldeten Leistungshindernissen § 323 I BGB anwandte.

Diese Ansicht, die das Gegenleistungsinteresse des Sach- bzw. Dienstleistungsschuldners stärker schützen will, wird als Sphärentheorie⁵ bezeichnet. Die einzelnen zu dieser Sphärentheorie entwickelten Ansichten näher zu untersuchen, würde in diesem Rahmen zu weit führen; nach Beuthien⁶ kann aber zusammenfassend festgestellt werden:

-
- 1) § 75, 11
 - 2) RG JW 1938, 1392; BGHZ 24, 91 (96)
 - 3) RGRK-Nastelski § 293, 6; Palandt-Heinrichs § 293, 2b; Staudinger-Werner § 293, 4 ff; Erman v. § 293 Anm. 5a; Ennecerus-Lehmann § 57 II 1b und § 147 III 1; Kohler AcP (1897) 13, 208, 254; Boer Gruch Beitr. (1910) 54, 479 499; Oertmann, AcP (1918) 116, 1 ff; Esser SchuR § 57, 3, SchuRAT § 34 I, II
 - 4) Planck-Siber § 293, 3; Lotmar S. 281 f.; weitere Nachw. bei Oertmann AcP 116, 2 Fußn. 1; Boer Gruch. Beitr. 54, 496 Fußn. 6
 - 5) nicht zu verwechseln mit der im Arbeitsrecht entwickelten Sphärentheorie.
 - 6) § 10 II 3, S. 233

Nur die neutralen oder der Sphäre des Schuldners zugehörigen Leistungshindernisse stellen eine den Annahmeverzug ausschließende Leistungsunmöglichkeit im Sinne der §§ 275 I, 323 ff BGB dar. Dagegen soll ein die Schuldnerleistung in der Sphäre des Gläubigers vereitelndes Ereignis Gläubigerverzugsfolgen auslösen.

Mit der herrschenden Meinung wird angenommen, daß der Eintritt des Annahmeverzuges durch Annahme- oder Mitwirkungshindernisse, die sich in der Sphäre des Gläubigers entwickeln oder auswirken, nicht ausgeschlossen ist, falls diese Hindernisse allgemein behebbar sind.

Davon ausgehend ergibt sich für die Monistische Theorie folgendes:

Die Gesellschaft hat die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, da sie bei dem berechtigten Widerruf von einem ihr zustehenden Recht Gebrauch macht. Das Vorstandsmitglied hat die Unmöglichkeit ebenfalls nicht zu vertreten, denn ein Vorstandsmitglied darf seine Bedenken gegen eine Geschäftsführungs- oder Verwaltungsmaßnahme nicht unterdrücken. Dies folgt aus seiner Stellung als Organmitglied und seiner Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und gilt in gleicher Weise gegenüber Maßnahmen des Vorstandes, des Aufsichtsrats und der Hauptversammlung¹.

Der Widerruf ist ein die Schuldnerleistung vereitelndes Ereignis, das aus der Sphäre des Gläubigers herührt. Dieses Hindernis ist auch allgemein behebbar, denn die AG kann den B erneut bestellen. Das abberufene Vorstandsmitglied behält somit auch nach der Monistischen Theorie seinen Gehaltsanspruch.

1) BGHZ 15, 71 ff (78)

Als Ergebnis kann wie schon in den vorhergegangenen Fällen festgehalten werden, daß auch in dem letzten Fall Dualistische und Monistische Theorie in der Rechtsanwendung nicht zu von einander abweichenden Ergebnissen führen. Das unterschiedliche Ergebnis im letzten Fall, auf das sich die Kritiker der Dualistischen Theorie berufen, ist nicht eine zwingende Folge, die sich aus der Monistischen Theorie ergibt, sondern die Folge der Anwendung der strengen Unmöglichkeitstheorie durch v. Godin.

IV. Der Widerruf der Bestellung und die Umgehung
des wichtigen Grundes nach § 84 III 1.

1.) Befristeter Widerruf bei der Bestellung auf
unbestimmte Zeit?

Im Zusammenhang mit der Behandlung der Dauer von Bestellungsverhältnis und Anstellungsvertrag sind die Probleme des Widerrufs bzw. der Kündigung dieser Rechtsverhältnisse bei unbestimmter Geltungsdauer erwähnt worden¹.

Problematisch ist, inwieweit durch die gesetzliche Bestimmung über den wichtigen Grund gem. § 84 III 1 eine Beschränkung der Widerrufs- bzw. Kündigungsmöglichkeiten dieser Rechtsverhältnisse bei unbestimmter Geltungsdauer hervorgerufen wird.

Bei der Bestellung auf unbestimmte Zeit² wird von einem Teil der Literatur die Ansicht vertreten, daß die Bestellung unabhängig vom Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 84 III entsprechend den Vorschriften der §§ 620 II, 622 BGB jederzeit wider-

1) vgl. o.S. 31-33

2) s. dazu oben S. 31 f.

rufen werden könne¹.

Zur Begründung wird dabei angeführt, daß das Gesetz eine kürzere als fünfjährige Bestattungsdauer nicht verbiete und daher ein Widerruf entsprechend §62o II BGB möglich sein müsse². Auch die dem Vorstandsmitglied vom Aktiengesetz gegebene Stellung stehe dem nicht entgegen. Der Gesetzeszweck werde nur dann umgangen, wenn die notwendige freie Entscheidung des Aufsichtsrats eingeschränkt werde, nicht aber, wenn ein Widerruf vor Ablauf der Bestellung auf unbestimmte Dauer ausgesprochen werde.

Diese Auffassung ist abzulehnen. Richtig ist zwar, daß das Gesetz den Aufsichtsrat bei der Bestellung oder Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern von allen seine freie Entschliebung beeinträchtigen den Bindungen freistellen will³ und daß dieser Gesetzeszweck bei einer vorzeitigen Widerrufbarkeit der Bestellung nicht beeinträchtigt wird. Bei dieser Argumentation wird aber übersehen, daß der Gesetzgeber die Generalklausel des wichtigen Grundes deshalb eingeführt hat, um während der Amtszeit die Stellung des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat zu stärken. Es soll verhindert werden, daß der Vorstand jederzeit vom Aufsichtsrat abhängig ist⁴. Diese Abhängigkeit wäre aber gegeben, wenn das Vorstandsmitglied mit einer, wenn auch befristeten, Abberufung rechnen müßte⁵.

1) GroßK § 75, 13; v. Godin - Wilhelmi § 75, 4a, 4c mit der Modifizierung, daß eine Mindestdauer abgelaufen sein müsse

2) GroßK a.a.O.

3) s. dazu oben S. 26 ff

4) s. dazu oben S. 33 ff

5) so auch Hefermehl DJ 1942, 621

In der Möglichkeit einer ordentlichen Abberufung entsprechend den §§ 620 II, 622 BGB ist daher ein unzulässiger Verstoß gegen den Normsinn der unabdingbaren Vorschrift des § 84 III 1 zu sehen. Aus diesem Grund erübrigt sich auch eine weitere Stellungnahme zu der Frage, ob bei einer unbestimmten Bestellungsdauer eine Bestellung auf unbestimmte Zeit oder aber eine fünfjährige Bestellungsdauer anzunehmen ist¹. Denn auch bei Annahme einer unbestimmten Dauer kann ein vorzeitiger ordentlicher Widerruf nicht zulässig sein.

2) Widerruf der Bestellung durch ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages?

Unterschiedliche Ergebnisse könnten sich aus dem Theorienstreit dann ergeben, wenn bei der Dualistischen Theorie mittels einer ordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrages eine gleichzeitige Beendigung des Bestellungsverhältnisses erreicht werden könnte, obwohl kein wichtiger Grund zum Widerruf gegeben ist. Bei der Monistischen Theorie ist, aufgrund des einheitlichen Bestellungsrechtsverhältnisses, eine solche Lösung nicht denkbar.

Nach Ansicht der Vertreter der Dualistischen Theorie hat der Wegfall des Anstellungsverhältnisses (z.B. wegen Kündigung aus wichtigem Grund) auch das Ende der Bestellung zur Folge², denn mit dem Ende des Anstellungsvertrages entfällt die Verpflichtung und die Berechtigung des Organmitgliedes zur Organtätigkeit. Trotz dieser Rechtsfolge wird eine befristete Kündigung eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen Anstellungsverhältnisses für zulässig gehalten³.

1) s. dazu oben S. 31, 32

2) BGHZ 10, 187 ff (194); Hueck, Betrieb 54, 276; RGRK-Nastelski § 27,5

3) Hueck, Betrieb 54, 276; GroBK § 75, 18; Möhring-Schwartz S. 88

Dem ist nicht zu folgen. Mit der Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung würde, da die Bestellung zugleich wegfällt, gegen die gesetzliche Bestimmung über das notwendige Vorliegen eines wichtigen Grundes als Voraussetzung des Widerrufs der Bestellung verstoßen. Würde eine ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages zugelassen, so würde die Kündigung einen Verstoß gegen den schon dargelegten Sinn der Norm des § 84 III 1 beinhalten¹.

Ebenso wie die Bestellung² kann daher auch der Anstellungsvertrag auf unbestimmte Zeit nicht ordentlich, d.h. ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes, gekündigt werden.

Etwas anderes muß dann gelten, wenn die ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages aus einem Grund veranlaßt wird, der auch zum Widerruf der Bestellung berechtigt. Mit der dann erfolgten Lösung des Anstellungsvertrages und der daraus folgenden Beendigung der Bestellung ist kein Verstoß gegen die Vorschrift des § 84 III 1 verbunden. Insoweit ist eine ordentliche Kündigung zulässig.

Aus der Begründung, daß eine ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages immer dann zulässig sein muß, wenn sie nicht eine Beendigung der Bestellung unter Umgehung des wichtigen Grundes hervorruft, ergibt sich auch, daß der von der Dualistischen und Monistischen Theorie besonders umstrittene Fall³ ganz erheblich an Bedeutung verliert.

1) s. dazu S. 34 ff; da der geschilderte Sachverhalt unter den unmittelbaren Anwendungsbereich der Norm des § 84 III 1 subsumiert werden kann, liegt methodisch keine Gesetzesumgehung i.S. der Tatbestandsvermeidung einer benachteiligenden Norm vor, die nach Teichmann (Gesetzesumgehung S. 50 ff, 67 ff) im Wege der Analogie zu erfassen ist.

2) s.o.S. 57 ff

3) s. Fall 3, S. 53 ff

Ist die Bestellung widerrufen und besteht der Anstellungsvertrag fort, bzw. ist entgegen v. Godin die strenge Unmöglichkeitstheorie abzulehnen, so besteht der Gehaltsanspruch des ehemaligen Vorstandsmitgliedes weiter.

Dann muß aber eine ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages seitens der Gesellschaft zulässig sein, da aufgrund des schon erfolgten Wegfalls der Bestellung mit der ordentlichen Kündigung eine Umgehung der Vorschrift des § 84 III 1 nicht verbunden ist.

3) Bedingte Bestellung und bedingte
 Anstellung

Es fragt sich, ob bei der Dualistischen Theorie die Bestellung unter aufschiebender oder auflösender Bedingung des Abschlusses bzw. der Auflösung des Anstellungsvertrages vereinbart werden kann. Ein aus dem Theorienstreit folgender Unterschied in der praktischen Rechtsanwendung könnte sich dann ergeben, wenn bei der Monistischen Theorie diese Bedingungen, mangels Anstellungsvertrag, für das einheitliche Bestellungsrechtsverhältnis nicht vereinbart werden könnten.

Voraussetzung für die Vereinbarung der erwähnten Bedingungen ist, daß die Bestellung selbst nicht bedingungsfeindlich ist¹.

Coing² ist unter Berufung auf einen Beschluß des Landgerichts Essen³ der Ansicht, daß die Bedingungsfeindlichkeit zwar nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen, aber aus Gründen der Sicherheit

1) Daß der Anstellungsvertrag als gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag nicht bedingungsfeindlich ist, bedarf keiner Erörterung.

2) Staudinger-Coing § 26, 11

3) in JW 1934, S. 2800

des Rechtsverkehrs erforderlich sei. Das Landgericht¹ hat die Bedingungsfeindlichkeit dagegen deshalb bejaht, weil es sich bei der Bestellung nicht um ein Rechtsgeschäft handele.

Sofern man aber unter einem Rechtsgeschäft einen Tatbestand versteht, der als wesentliche Bestandteile eine oder mehrere Willenserklärungen enthält, von denen aus auf einen bestimmten Rechtserfolg geschlossen werden kann oder soll, ist es nahezu unstreitig, daß es sich bei dem Beschluß um ein Rechtsgeschäft handelt².

Auch die von Staudinger-Coing³ geltend gemachten Bedenken bezüglich der Sicherheit des Rechtsverkehrs greifen nicht durch. Schon das Landgericht Essen⁴ hat deutlich gemacht, daß eine bedingte Bestellung als interne Regelung im Verhältnis des Vorstandes zum Verein zulässig sei; eine andere Frage ist die nach der Zulässigkeit der Eintragung ins Handelsregister. Insofern ist der herrschenden Meinung zuzustimmen, die unter Berufung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts⁵ davon ausgeht, daß das Handelsregister nicht dazu bestimmt sei, die bloße Möglichkeit dereinst entstehender Verhältnisse anzukündigen; vielmehr sollten Verhältnisse, die bereits begründet seien oder zumindest mit der Anmeldung begründet würden, durch die Eintragung und deren Bekanntmachung kundgetan werden⁶.

1) a.a.O.

2) Literatur, s. bei Baltzer S. 177 unter Fußn. N 22

3) a.a.O.

4) a.a.O.

5) RGZ 22, 59

6) zum Problem s. Frels, H. in AG 1967, 227 ff mit ausführlichen Nachweisen

Es kann somit festgehalten werden: Die Bestellung ist nicht bedingungsfeindlich; die Eintragung einer bedingten Bestellung in das Handelsregister muß jedoch aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs unterbleiben

a) Die aufschiebende Bedingung

Gegen eine Bestellung unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 I BGB) des Abschlusses eines Dienstvertrages bestehen keine Bedenken. Dasselbe gilt für die Vereinbarung eines durch die Bestellung aufschiebend bedingten Anstellungsvertrages.

Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Berufung in die Organstellung bzw. der Abschluß des Dienstvertrages nicht von diesen zukünftigen ungewissen Ereignissen abhängig gemacht werden könnte. Durch die Vereinbarung der erwähnten Bedingungen kann weder eine unterschiedliche Dauer von Bestellungs- oder Anstellungsverhältnis¹ begründet werden, noch wird die eigenverantwortliche Stellung des Vorstandsmitgliedes geschmälert².

Trotz der Möglichkeit der Vereinbarung dieser Bedingungen bei der Dualistischen Theorie ergibt sich auch kein Unterschied zur Monistischen Theorie. Die Monistische Theorie unterscheidet zwischen der aktienrechtlichen und der dienstvertraglichen Stellung des Vorstandsmitgliedes beim einheitlichen Bestellungsverhältnis³. Wird somit eine Einigung über die aktienrechtliche Seite dieses Verhältnisses erzielt, so kann diese Vereinbarung durchaus durch die zukünftige und ungewisse Vereinbarung über die dienstvertragliche Seite des Verhältnisses aufschiebend

1) s. dazu oben S. 38 Zwischenergebnis

2) s. dazu oben S. 34 ff

3) s. dazu oben S. 47 ff

bedingt sein. Im Gegensatz zur Dualistischen Theorie ist damit das gesamte Bestellungsverhältnis von vorneherein aufschiebend bedingt.

Ebenso wie bei der Dualistischen Theorie kann durch die aufschiebende Bedingung daher weder eine unterschiedliche Dauer von aktienrechtlicher oder dienstvertraglicher Stellung begründet werden, noch wird die eigenverantwortliche Stellung des Vorstandsmitgliedes geschmälert.

In der Praxis werden diese Gestaltungen aber kaum jemals vorkommen, denn die Gesellschaft wird bemüht sein, sich der Mitarbeit einer qualifizierten Person sofort zu versichern. Darüber hinaus wird sich kaum ein Vorstandsmitglied finden, das seine künftige Beschäftigung von einem möglicherweise nie eintretenden Umstand abhängig machen wird.

- b) Die auflösende Bedingung
 - aa) bei der Bestellung

Gegen die Bestellung unter einer auflösenden Bedingung (§ 158 II BGB) bestehen grundsätzliche Bedenken.

Die Vereinbarung der Abhängigkeit der Bestelldauer von einem zukünftigen ungewissen Ereignis könnte gegen die Regelung des § 84 III 1 verstoßen. Hiernach kann die Frage, ob ein bestimmtes Ereignis zur Abberufung des Vorstandsmitgliedes berechtigt, der gerichtlichen Nachprüfung durch satzungsmäßige oder sonst vereinbarte Definition des wichtigen Grundes nicht entzogen werden¹.

1) KK § 84, 13; es ergibt sich dieselbe Problematik wie bei dem befristeten Widerruf bei der Bestellung auf unbestimmte Zeit und der Kündigung des Anstellungsvertrages (s.o.S.57ff)

Um einen Verstoß gegen § 84 III 1 mit Hilfe auflösender Bedingungen zu verhindern, muß das Vorliegen der Voraussetzungen einer auflösenden Bedingung nach den Maßstäben überprüft werden, die auch für den Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund anzulegen sind. Durch den Einbau einer auflösenden Bedingung in die Bestellung darf demnach weder eine Einschränkung noch eine Erleichterung oder Ausdehnung der Widerrufsbefugnis bewirkt werden¹. Unter diesen Voraussetzungen werden gegen die Vereinbarung einer auflösend bedingten Bestellung keine Bedenken geltend gemacht werden können.

bb) bei dem Anstellungsvertrag

Ob der Abschluß des Anstellungsvertrages unter der auflösenden Bedingung des Widerrufs der Bestellung zulässig ist, wird nun von Mertens² erörtert. Er kommt zu dem Ergebnis, daß durch eine solche Bedingung eine gewisse Beeinträchtigung der gesetzlichen Rechtsposition des Vorstandsmitgliedes hervorgerufen werde, denn die Abberufung könne aufgrund von Umständen begründet sein, die eine Kündigung des Dienstvertrages nicht erlaubten³.

Dem kann nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Im Rahmen des § 626 BGB ist eine Erweiterung der Kündigungsgründe zulässig⁴. Insoweit wird a l l e i n durch diese Erweiterung keine Beeinträchtigung der gesetzlichen Rechtsposition des Vorstandsmitgliedes hervorgerufen. Diese Beeinträchtigung kann nur dann vorliegen, wenn Gründe, die für einen Widerruf der Bestellung nicht ausreichen, durch Vereinbarung zu

1) Herschel, RdA 1962, 413 ff, 415, linke Spalte

2) in KK § 84, 53

3) s. dazu Mertens a.a.O.; s. dazu die Ausführungen o. auf S. 39 ff

4) BAG 2, 333, 341; Erman-Küchenhoff § 626, Anm. 3 e; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze § 626 Anm. 1o

Gründen für eine Kündigung des Anstellungsvertrages erhoben werden. - Es ergibt sich dieselbe Problematik wie bei dem Widerruf der Bestellung durch die Kündigung des Anstellungsvertrages¹. Sie ist ebenso zu lösen.

4) Zwischenergebnis zu III und IV

Auch bei dem Widerruf der Bestellung sind zwischen Dualistischer und Monistischer Theorie in der praktischen Rechtsanwendung keine Unterschiede feststellbar. Das durch v. Godin selbst als unbefriedigend bezeichnete Ergebnis seiner Lösung, der Verlust des Gehaltsanspruches, folgt nicht aus der rechtlichen Konstruktion der Monistischen Theorie, sondern ist eine Folge der Anwendung der strengen Unmöglichkeitstheorie durch v. Godin. Die Konstruktion der Monistischen Theorie wird dadurch nicht in Frage gestellt.

Dies beweist auch schon die Tatsache, daß diejenigen Vertreter der Dualistischen Theorie, die sich bei dem Wegfall der Bestellung wie v. Godin auf eine Anwendung der Unmöglichkeitsregeln berufen², mit einer Anwendung der strengen Unmöglichkeitstheorie zu demselben Ergebnis wie v. Godin kommen müßten.

Es handelt sich bei dem unterschiedlichen Ergebnis somit nicht um die Folge des Streites zwischen Monistischer und Dualistischer Theorie, sondern um die Folge des Streites darüber, ob die Verzugsregeln oder die Bestimmungen über die Unmöglichkeit anzuwenden sind.

1) s.o. S. 59 ff

2) s.o. S. 45, Fußn. 4

V. Sonstige Beendigungsgründe

1) Der Tod des Vorstandsmitgliedes und der
Ablauf der Amtszeit

Durch den Tod des Vorstandsmitgliedes als des durch den Aufsichtsrat bestellten und angestellten eigenverantwortlichen Leiters der Aktiengesellschaft erlöschen die Organstellung¹ und das Anstellungsverhältnis² als persönlichkeitsbezogene Positionen³. Eine gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge kommt nicht in Betracht. Dies bedarf keiner weiteren Erörterung.

Ebenfalls keiner weiteren Ausführungen mehr bedarf das Erlöschen des Vorstandsamtes und des Anstellungsvertrages durch Ablauf der Fünfjahreshöchstfrist oder durch Ablauf der vereinbarten Befristung⁴.

2) Die Auflösung der Gesellschaft

Von der Auflösung der Gesellschaft an (zu den Auflösungsgründen s. §§ 262 ff⁵) ändert sich der bisherige Zweck der Gesellschaft (gleich auf welche Aufgabe er bisher abgestellt war) dahingehend, daß die Abwicklung der Gesellschaft vorzunehmen ist mit dem Endziel, die gesellschaftlichen Bindungen des Vermögens wieder zu lösen⁶. Nach der Auflösung der Gesellschaft findet also die Abwicklung statt, § 264⁷.

1) Staudinger-Boehmer § 1922 Anm. 161; Erman-Bartholomeyczik § 1922 Anm. 43

2) vgl. § 613 S. 1 BGB

3) Erman-Bartholomeyczik a.a.O. Anm. 8

4) s. dazu oben S. 30 f und 33 f

5) § 203 a.F.

6) GroßK § 203, 7; Baumbach-Hueck v. § 262. 1

7) § 205 I a.F.

Nach der Auflösung bis zur Beendigung der Abwicklung bleibt die Gesellschaft als Rechtspersönlichkeit bestehen¹. Ebenso hat die Organisation der Aktiengesellschaft weiter Bestand². Die für die Gesellschaft von Gesetz und Satzung gegebenen Vorschriften gelten weiter, soweit sich nicht aus §§ 265 - 274 oder aus dem Zweck der Abwicklung etwas anderes ergibt³. Daraus folgt auch, daß die Vorstandsmitglieder die Abwicklung als Abwickler besorgen⁴ (geborene Abwickler) und im wesentlichen die Aufgaben des Vorstandes mit der durch die Abwicklung bedingten Änderung haben⁵. Daraus wird gefolgert, daß diese Umwandlung ihrer Amtsstellung allein den Dienstvertrag grundsätzlich nicht berühre⁶, daß sich das Vorstandsmitglied als Abwickler aber beispielsweise von seinen Bezügen einen Abzug seiner Tantiemen gefallen lassen müsse, da während der Abwicklung ein Jahresgewinn⁷ nicht mehr ermittelt wird⁸.

-
- 1) Für die Dual. Theorie: GroßK § 203 Anm. 2 m.a.Nachw.; Godin-Wilhelmi 3. Aufl. § 262,3; Baumbach-Hueck vor § 262, 1; Für die Mon. Theorie: v.Godin-Wilhelmi § 203 Anm. I; Ritter § 231, 2
 - 2) Dual. Theorie: GroßK § 203, 3; Baumbach-Hueck v. § 262, 3, 4; Mon. Theorie: v. Godin-Wilhelmi § 203III; Ritter a.a.O.
 - 3) Baumbach-Hueck § 263, 3; v.Godin-Wilhelmi 3. Aufl. § 262,4
 - 4) § 206 I. a.F.
 - 5) vgl. §§ 209, 210 a.F.; §§ 268, 269 AktG
 - 6) RGZ 24, 70 ff 72, 73; Baumbach-Hueck § 265, 3; GroßK § 206,7; v. Godin-Wilhelmi 3. Aufl. § 264, 4; BGHZ 24, 279 ff. (268); für die Mon. Theorie: v. Godin-Wilhelmi § 203 II 1, § 206 I 1, § 205 I 4
 - 7) § 270 III; § 211 III a.F.
 - 8) GroßK § 205, 3; v. Godin-Wilhelmi § 264, 4; s. auch Baumbach-Hueck § 264, 3

Nach § 265 II 3 besteht aber die Möglichkeit, daß aufgrund der Satzung oder durch einen Beschluß der Hauptversammlung andere Personen als Abwickler (gekorene Abwickler) bestellt werden. Für diesen Fall besteht über die erste Modalität (satzungsmäßige Bestellung von Abwicklern) Einigkeit: Bestellung und Anstellung sind, aufgrund gesetzlicher Vorschrift, als von vorneherein betagt anzusehen; mit der Bestellung der satzungsmäßigen Abwickler erlöschen Bestellung und Anstellungsverhältnis (bzw. das Bestellungsverhältnis) der Vorstandsmitglieder aus wichtigem Grund. Der wichtige Grund liegt darin, daß andere Personen aufgrund der Satzung zu Abwicklern bestellt sind; diese Beendigungsmöglichkeit gehört also zum gesetzlichen und unabdingbaren Inhalt eines jeden Vorstandsverhältnisses¹. Dem ehemaligen Vorstandsmitglied stehen keine Gehaltsansprüche mehr zu². Bei der zweiten Modalität (Beschluß über die Bestellung von Abwicklern) besteht Übereinstimmung, daß auch in diesem Fall die Bestellung erlischt³. Was mit den Ansprüchen des ehemaligen Vorstandsmitgliedes aus dem Anstellungsvertrag geschieht, wird nicht erörtert. Da die Bestellung aus wichtigem Grund widerrufen wird, ergeben sich für den Anstellungsvertrag keine Besonderheiten gegenüber den sonstigen Abberufungen aus wichtigem Grund. Es kann soweit auf die Ausführungen zum Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund verwiesen werden⁴.

1) v. Godin-Wilhelmi § 206, 2; 3. Aufl. 265, 5

2) v. Godin-Wilhelmi 3. Aufl. § 265, 5

3) wie Fußn. 2

4) s.o. S. 39 ff

3) Der Konkurs der Gesellschaft

Der Konkurs ist nach § 207 KO sowohl bei Zahlungsunfähigkeit wie auch bei Überschuldung der AG vorgeschrieben¹, und kraft Gesetzes² wird "durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft" die Aktiengesellschaft aufgelöst. Eine Abwicklung nach §§ 264 ff findet nicht statt³, sie richtet sich vielmehr nach den besonderen Vorschriften der Konkursordnung. Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens geht das Recht zur Verwaltung und Verfügung über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen der Gesellschaft auf den Konkursverwalter über⁴.

Nach heute herrschender Ansicht verbleiben die Vorstandsmitglieder aber in ihrer Vorstandsstellung; ebenso bleiben die Dienstverträge, die sie mit der Gesellschaft abgeschlossen haben, bestehen⁵.

Die Funktionen des Vorstandes treten aber soweit zurück als die Kompetenz des Konkursverwalters reicht, d.h. der Vorstand hat die Rechte und Pflichten, die dem Gemeinschuldner im Konkurs zustehen⁶. Aus der

1) Zum Verfahren vgl. § 92 AktG, §§ 102 ff, 208 KO

2) s. § 262 I 3

3) vgl. § 264 I

4) vgl. § 6 KO

5) v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl. § 262, 5; Baumbach-Hueck § 262, 5; GroßK § 203, 26, 27; Böhle-Stamschräder KO § 22, 7; Mentzel-Kuhn § 22, 5; Jaeger-Lent § 22, 12 mit zahlreichen Nachweisen zur früheren Literatur

6) vgl. die Aufstellung bei Siegelmann, DB 67, 1029 f.

Notwendigkeit der Wahrnehmung der Obliegenheiten eines Gemeinschuldners folgt, daß § 23 I und II KO nicht anwendbar sind¹. Der Konkursverwalter hat aber die Möglichkeit, das Anstellungsverhältnis zu kündigen, § 22 I KO, so daß das Vorstandsmitglied Schadenersatz verlangen kann, § 22 II KO. Durch diese Kündigung wird aber die Organstellung des Vorstandsmitgliedes nicht berührt².

Für die Gehaltsansprüche des Vorstandsmitgliedes hat dies folgende Konsequenzen:

Ansprüche des Vorstandsmitgliedes für die Zeit vor der Konkurseröffnung sind einfache Konkursforderungen.

Ein Konkursvorrecht für rückständige Gehaltsforderungen aus dem letzten Jahr vor der Konkurseröffnung steht dem Vorstandsmitglied nicht zu, da es an einem das Konkursvorrecht rechtfertigenden sozialen Abhängigkeitsverhältnis fehlt.

Die Vergütungsansprüche ab Konkurseröffnung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sind als Masseschuldforderungen vom Konkursverwalter aus der Masse zu berichtigen.

Liegt § 22 I KO vor und verlangt das Vorstandsmitglied Schadenersatz, so stellt sich dieser Anspruch nur als einfache Konkursforderung dar.

Macht das Vorstandsmitglied von seinem Recht zur fristlosen Kündigung des Anstellungsvertrages Gebrauch, dann steht ihm kein Schadenersatzanspruch zu.

V. Godin³ wendet ebenfalls § 22 KO an. Aus der aktienrechtlichen Stellung des Vorstandsmitgliedes ergebe sich, daß die Kündigung seitens des Konkursverwalters nur die Masse angehen könne, also nur den Gehaltsanspruch des Vorstandsmitgliedes betreffe. Trotz der Kündigung bleibe das Vorstandsverhältnis

1) s. Literatur zu Fußn. 5 auf S. 70

2) Wie Fußn. 1

3) § 75, 6

bestehen, das nunmehr unbesoldete und auf Schadensersatzansprüche angewiesene Vorstandsmitglied könne nun seinerseits das Verhältnis auflösen.

v. Godin kommt auch also in diesem Fall zu einer Lösung, die der der Dualistischen Theorie entspricht, wenn auch mit einer aus der Monistischen Theorie folgenden Begründung. Wiederum ist im Ergebnis kein Unterschied festzustellen.

4) Die gesetzlichen Unfähigkeitsgründe

§ 76 III enthält die Bestimmung, daß nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person Vorstandsmitglied sein kann.

Die heute unbestrittene Meinung¹ hält eine Bestellung, die gegen die gesetzlichen Vorschriften verstößt oder diejenige, deren gesetzliche Voraussetzungen später wegfallen, für nichtig.

Bei nachträglichem Wegfall der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit tritt die Nichtigkeit der Bestellung mit dem Eintritt des Verlustes der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit ein. War das Vorstandsmitglied von Anfang an beschränkt geschäftsfähig, so tritt die Nichtigkeit ex tunc ein. Die Grundsätze über das faktische Arbeitsverhältnis sind nicht anwendbar, denn dies setzte voraus, daß das Vorstandsmitglied überhaupt vorstandsfähig gewesen wäre. Dies ist jedoch wegen des gesetzlichen Unfähigkeitsgrundes des § 76 III nicht der Fall².

1) Schlegelberger-Quassowski § 75, 4; Groß § 75, 5; Baumbach-Hueck § 76, 9; Möhring-Schwartz S. 69; v. Godin-Wilhelmi 3. Aufl. § 76, 10. Die früher teilweise gegenteilige Ansicht, vgl. v. Godin-Wilhelmi § 70, 4, beruhte auf der mangelnden ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes

2) Inwieweit ein Schutz redlicher Dritter nach § 15 HGB erreicht wird, ist umstritten. Vgl. Schlegelberger-Quassowski § 75 Anm. 4; BGH WM 1970 S. 478 ff, 479. Eine mögliche Haftung des Aufsichtsrates, wohl gem. § 116, erwähnt Baumbach-Hueck § 77 Anm. 9; der Streit ist für das Verhältnis Monistische-Dualistische Theorie ohne Bedeutung.

Mit der Auswirkung der Nichtigkeit der Bestellung auf den Anstellungsvertrag beschäftigen sich zwei Kommentatoren. Quassowski meint¹, bei nachträglichem Eintreten des gesetzlichen Unfähigkeitsgrundes werde auch gleichzeitig der Anstellungsvertrag beendet. Differenzierter halten Schmidt-Meyer-Landrut² einen aufschiebend bedingten Anstellungsvertrag für möglich, der bei Wegfall des gesetzlichen Unfähigkeitsgrundes voll wirksam werde. Falls dagegen der gesetzliche Unfähigkeitsgrund nicht weg falle, sei der Anstellungsvertrag wegen rechtlicher Unmöglichkeit, § 306 BGB, nichtig. Trete ein gesetzlicher Unfähigkeitsgrund nachträglich ein, so würden die Parteien gem. § 323 BGB von ihrer Leistung frei.

Die Monistische Theorie kann zu keinem anderen Ergebnis kommen. Liegt ein gesetzlicher Unfähigkeitsgrund vor oder tritt ein solcher nachträglich ein, dann ist das einheitliche Bestellungsverhältnis nichtig. Ist eine aufschiebend bedingte Bestellung gegeben und fällt der gesetzliche Unfähigkeitsgrund nicht weg, dann kann die Bestellung nicht wirksam werden.

5) Die in der Satzung festgelegten Unfähigkeitsgründe

In der Satzung könnten weitere Bestimmungen getroffen sein, die eine Person erfüllen muß, um vorstandsfähig zu sein. Z.B. die Bestimmungen³:

Zum Vorstandsmitglied kann nur bestellt werden, wer
Aktionär der Gesellschaft ist,
die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt,
seinen Wohnsitz im Inland hat.

1) Schlegelberger-Quassowski § 75, 16

2) GroßK § 75, 8

3) nach Möhring-Schwartz S. 68

Es wird angenommen, daß bei einer Bestellung unter Verstoß gegen diese satzungsmäßigen Voraussetzungen die Bestellung aus wichtigem Grund widerrufbar ist¹. Bei Wegfall einer satzungsmäßigen Voraussetzung, nach erfolgter Bestellung, sei ebenfalls eine Widerrufbarkeit der Bestellung aus wichtigem Grund gegeben². Für den Anstellungsvertrag entstehe zugleich ein Recht zur Kündigung³.

Diese Ansicht kann nicht zutreffend sein. Würde man ihr folgen, so könnte durch die Festlegung von Unfähigkeitsgründen in der Satzung verbindlich bestimmt werden, was für die Gesellschaft einen wichtigen Grund zum Widerruf der Bestellung darstellt. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, kann aber nur durch gerichtliche Entscheidung festgelegt werden⁴. Bezüglich der Auswirkungen des Widerrufs der Bestellung auf den Anstellungsvertrag bzw. auf das Bestellungsverhältnis kann somit auf die Ausführungen zum Widerruf aus wichtigem Grund⁵ verwiesen werden.

6) Die Anfechtbarkeit

Soweit zur Anfechtung überhaupt Stellungnahmen vorliegen, wird angenommen, daß die allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Rechts über die Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung und Drohung auf den Anstellungsvertrag Anwendung finden können⁶.

1) v. Godin-Wilhelmi § 76, 10; Baumbach-Hueck § 76, 9; Möhring-Schwartz S. 69; a.A. Schlegelberger-Quassowski, § 75, 4, die die Bestellung für nichtig halten.

2) wie Fußn. 1

3) Baumbach-Hueck a.a.O.; Groß § 75, 8

4) s.o.S. 43 unter Fußn. 1

5) s.o.S. 39 ff

6) Groß § 75, 9; Baumbach-Hueck § 84, 19; Schmidt JZ 51, 689 ff (690)

Dagegen unterliege der einseitige körperschaftliche Akt der Bestellung der Anfechtung nicht, denn die Rechtsstellung des Vorstandsmitgliedes und die mit ihr verbundene Verantwortlichkeit vertrage eine rückwirkende Beseitigung nicht¹. Die Anfechtbarkeit bilde aber einen wichtigen Grund zum Widerruf der Bestellung. Geht man davon aus, so ergibt sich für die Dualistische Theorie bei der Rechtsanwendung folgendes: Ficht die Gesellschaft den Anstellungsvertrag des Vorstandsmitgliedes beispielsweise nach § 119 II BGB an (das Vorstandsmitglied hat wegen zwielichtiger spekulativer Geschäfte in Geschäftskreisen einen zweifelhaften Ruf), so ist der Anstellungsvertrag nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen mit Wirkung ex nunc nichtig. Eine Anfechtung der Bestellung ist dagegen nicht möglich. Dies folgt aber nicht, wie die Vertreter der Dualistischen Theorie meinen, aus dem "einseitigen körperschaftlichen Akt der Bestellung"². Der Grund liegt darin, daß bei der Gestattung der Anfechtung keine Klarheit darüber bestünde, ob jemand Vorstandsmitglied ist oder nicht. Gerade um solche Unsicherheiten zu vermeiden, wurde aber die Regelung des § 84 III 4 geschaffen, nach der der Widerruf der Bestellung sofort, und zwar bis zu der gerichtlichen Feststellung seiner Unwirksamkeit, wirksam ist.

Die Monistische Theorie hat zu diesem Problem keine Stellung genommen; Schmidt³ sieht aber trotzdem in der Lösung der Dualistischen Theorie einen Beweis dafür, daß die beiden Theorien bei der Rechtsanwendung zu verschiedenen Ergebnissen kommen. Es muß daher untersucht werden, zu welchem Ergebnis die Monistische Theorie bei dieser Fallgestaltung kommt.

1) GroßK § 75, 9; Baumbach-Hueck § 84, 19; Schmidt JZ 51, 689 ff (690)

2) s. Fußn. 1

3) in GroßK a.a.O.

Geht man von einem einheitlichen Bestellungsverhältnis aus, so kann eine Anfechtung dieses Verhältnisses wegen der damit verbundenen Unsicherheit¹ nicht möglich sein. Es bleibt also nur der Widerruf des Bestellungsverhältnisses aus wichtigem Grund. Insoweit besteht dieselbe Rechtsfolge wie bei dem Widerruf der Bestellung durch die Dualistische Theorie. v. Godin hat aber erklärt, daß die allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die dienstvertragsähnlichen Bestandteile des Bestellungsverhältnisses anwendbar seien². Bei der Erörterung der beim Konkurs der Gesellschaft auftretenden Probleme unterscheidet v. Godin denn auch folgerichtig zwischen der aktienrechtlichen Stellung und dem dienstvertraglichen Element des Bestellungsverhältnisses. Er läßt das Vorstandsverhältnis trotz der Kündigung durch den Konkursverwalter bestehen³.

Dann ist es auch mit der Monistischen Theorie vereinbar, wenn man bei einer Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB diese Unterscheidung ebenfalls trifft und damit eine Anfechtung des dienstvertraglichen Teils des Bestellungsverhältnisses zuläßt. Die Anfechtung hat die Nichtigkeit des Anstellungsvertrages mit Wirkung ex nunc zur Folge.

Auch die Anfechtbarkeit führt somit zu keinem unterschiedlichen Ergebnis zwischen beiden Theorien.

7) Zwischenergebnis

Auch bei den unter V behandelten Beendigungsgründen von Bestellung und Anstellung bzw. des einheitlichen Bestellungsverhältnisses, konnte bei der Rechtsanwendung zwischen Dualistischer Theorie und Monistischer Theorie kein Unterschied festgestellt werden.

1) s.O.S. 75 nach Fußn. 2

2) s. dazu S. 23

3) s.O.S. 71, 72

VI Zusammenfassung des ersten Teils, zugleich
Ausblick auf den zweiten Teil

Die vorangegangenen Untersuchungen haben ergeben, daß in den von Rechtsprechung und Literatur erörterten oder angedeuteten Fällen, trotz unterschiedlicher rechtlicher Begründung der beiden Theorien, bei der praktischen Rechtsanwendung im Ergebnis kein Unterschied zwischen Dualistischer und Monistischer Theorie festgestellt werden kann. Es hat sich gezeigt, daß der Vorwurf einiger Vertreter der Dualistischen Theorie, die Monistische Theorie führe zu teilweise unhaltbaren Ergebnissen, nicht aufrechterhalten werden kann. Gleichzeitig hat sich herausgestellt, daß aufgrund der gesetzlichen Regelungen im Aktienrecht die Dualistische Theorie nicht umhin kann, einen wie auch immer gearteten Zusammenhang zwischen der Bestellung und der Anstellung notwendigerweise zu bejahen.

Die Monistische Theorie sieht sich dagegen gezwungen, trotz einheitlichen Bestellungsrechtsverhältnisses, auf dienstvertragliche Elemente zurückzugreifen, diese gesondert zu behandeln und damit wieder in eine Trennung zurückzufallen.

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß weder eine völlige Trennung von Bestellung und Anstellung noch ein vollständiges Aufgehen der beiden Verhältnisse in einem einheitlichen Rechtsverhältnis richtig sein kann.

Es bleibt zu untersuchen, inwieweit beide Theorien systematisch eingeordnet werden können, und zwar in die Systematik der Lehre von der Stellvertretung beim Rechtsgeschäft.

In die Systematik der Stellvertretung beim Rechtsgeschäft sind die Theorien deshalb einzuordnen, weil sich in der bisherigen Untersuchung gezeigt hat, daß der

rechtliche Kern der Auseinandersetzung in der Frage liegt, wie sich Außen- und Innenverhältnis, Organ- und Anstellungsverhältnis, zueinander verhalten. v. Godin fasst beide Verhältnisse zusammen, während die Dualistische Theorie beide Rechtsverhältnisse zu trennen sucht.

Dies ist aber eine Auseinandersetzung, die unter dem Schlagwort "Abstraktheit der Vollmacht" - der Trennung also von Vollmacht und zugrundeliegendem Rechtsgeschäft, von Außen- und Innenverhältnis einerseits und dem synonymen Gebrauch dieser Begriffe andererseits - die juristische Literatur schon beschäftigt hat.

Z W E I T E R T E I L

=====

I Entwicklung und Begriff der "Abstraktion" der Vertretung beim Rechtsgeschäft

Nachdem noch im gemeinen Recht und in den frühen Kodifikationen¹ Vollmacht und Tätigkeitsvertrag synonym gebraucht worden waren (Mandatstheorie), hat in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts das von Laband² auf spätpandektistischer Grundlage unter dem Einfluß des Handelsrechts entwickelte Dogma von der "Abstraktheit der Vollmacht" rasch einen be- spielslosen Siegeslauf in der Gesetzgebung angetreten³.

Laband hat in seinem grundlegenden Aufsatz "Die Stell- vertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch"⁴ fest- gestellt, daß der Auftrag für die Stellvertretungs- befugnis irrelevant sei⁵. Es handele sich um zwei verschiedene Rechtsgeschäfte, die andere Voraus- setzungen, andere Inhalte und andere Wirkungen hätten⁶, deshalb könnten beide jeweils ohne den anderen Teil erteilt werden⁷.

Der Beweggrund für die Lösung der Vollmacht vom Tätigkeitsverhältnis ist aber für Laband letztlich, daß dadurch die Möglichkeit einer selbständigen Verkehrslegitimation gegeben ist. "Für den Verkehr, wie er sich im heutigen wirtschaftlichen Leben ge- staltet hat, muß eine Prüfung der materiellen

1) s. Puchta, Pandekten § 323; Glueck, Pandekten S. 239 ff; Windscheid, Pandekten I 974, II § 409; pr. ALR I 13 § 5 ff

2) ZHR 10 (1866) 183 ff

3) nach Müller-Freienfels S. 2, mit einer Aufzählung ausländischer Kodifikationen

4) Laband a.a.O.

5) S. 204

6) S. 208

7) S. 204

Befugnisse durch formelle Kriterien ersetzt werden. An die Stelle der Berechtigung tritt Legitimation. Aus dieser Wurzel ist die formelle Stellvertretungsbefugnis des heutigen Rechts erwachsen, sowohl was ihren Begriff als was ihre Gliederung und Gestaltung im einzelnen anlangt"¹.

Laband hat es jedoch nicht bei dieser Trennung aus Praktikabilitätsgründen bewenden lassen, sondern weiter ausgeführt², "die Vertretung bedeutet Vertretung im Willen, so daß der Vertreter beim Abschluß des Geschäftes selbst den Willen bildet und daher das Rechtsgeschäft selbst abschließt, während lediglich dessen Wirkungen auf den Vertretenen überspringen".

Der Vertretene nimmt danach mit der Bevollmächtigung an dem rechtsgeschäftlichen Tatbestand überhaupt nicht teil; die Bevollmächtigung wird zu einem rein einseitigen, außerhalb des Vertretergeschäftes stehenden Akt, während der konkrete Inhalt der Bevollmächtigung in diesem nicht zum Ausdruck kommt. Die den Schutz Dritter bezweckende Verkehrslegitimation beruht also einmal auf der vom Auftrag völlig unabhängigen Vollmacht und zum anderen darauf, daß der konkrete Willensinhalt dieser Vollmacht im Vertretergeschäft nicht zum Ausdruck kommt.

Diese Labandsche Auffassung der Verselbständigung der Vollmacht gegenüber dem Auftrag wurde durch die nachfolgende Literatur³ und die Gesetzgebung⁴ übernommen, und zwar ohne weitere Begründung des von Laband gewonnenen Ergebnisses. Dieser großartige Erfolg des "Abstraktionsprinzips", das auch heute noch als "juristische Entdeckung" gefeiert wird⁵, beruhte

1) S. 241

2) S. 226

3) die ablehnenden Meinungen werden noch erörtert

4) vgl. z.B. die Vorschriften der §§ 164 ff, 1626, 1793 BGB, 49, 125 HGB, 25 GmbHG, 26 Gen G

5) Dölle, Juristische Entdeckungen, S. 6, 7

vor allem darauf, daß die Abstraktheit auch ein Ausdruck des Geistes ihrer Zeit war, in der als Nebenerscheinung des rascheren Fortschrittes auf dem Gebiet der Naturwissenschaften eine rational - naturwissenschaftliche Denkweise mit ihrem ausgeprägten Kausalitätsbedürfnis in die Rechtswissenschaft Eingang fand. Deshalb hat auch die etwas überspitzte Formulierung Müller - Freienfels¹, "wer nur das Können des Vertreters sieht, hebt in genetischer Betrachtung ausschließlich auf das rechtliche Veränderungsmoment ab, ohne das im axiologischen Dürfen liegende rechtfertigende (Wert-)Moment zu beachten. Er sucht nur nach einem Können, um sein Kausalitätsbedürfnis zu befriedigen", letztlich durchaus ihre Berechtigung.

Die Kritik der Laband'schen Theorie fand vor allem an dem Problem "des Mißbrauchs der Vertretungsmacht"² ihre Berechtigung. Bei diesem Problem wurde nachgewiesen, daß ein Schutz des Vollmachtgebers unter Berücksichtigung des Vertrauensinteresses des Dritten notwendig ist. Siebert³ bemerkt hierzu, daß durch den Schutz des Vertretenen bei dem Mißbrauchsproblem die Lehre Labands vom abstrakten Umfang der Vertretungsmacht schon "stark durchlöchert" sei.

Soweit ist denn auch heute anerkannt, daß Laband den richtigen Gedanken einseitig übersteigert hat⁴ und daß bei ihm zu sehr in den Hintergrund trat, daß die rechtstechnische Verselbständigung der Vertretungsmacht gegenüber der Pflichtbindung nichts anderes ist als ein Erfordernis der Praktikabilität und die Verselbständigung auch in diesem Erfordernis ihre

1) Stellvertretung S. 77

2) s. dazu Th. Kipp, Reichsgerichtspraxis S. 273 ff; Siebert, Mißbrauch S. 629 ff; Stoll, Festschrift-Lehmann, S. 115 ff; Schott, AcP 171, S. 385 ff; Tank, NJW 1969, S. 6 ff

3) a.a.O. S. 644

4) Müller-Freienfels a.a.O. S. 75

Begrenzung findet¹.

Andere gehen noch weiter und behaupten, daß die Theorie von der Abstraktheit der Vollmacht für den Verkehrsschutz ein ungeeignetes Mittel sei².

Es fehlt auch nicht an Stimmen, die sich generell gegen die von Laband vorgenommene Trennung von Vollmacht als "rechtlichem Können"³ und Tätigkeitsverhältnis als "rechtlichem Sollen"⁴ wenden, wobei gewissermaßen unter nachträglicher Berufung auf die Mandatstheorie "die früher allein aus dem Innenverhältnis abgeleitete Pflicht des Vertreters zur getreuen Ausübung der Vertretungsmacht zum gestaltenden Maßstab für den Umfang der Vertretungsmacht selbst"⁵ werden soll. Der Verkehrsschutz soll dabei dadurch sichergestellt werden, daß im Außenverhältnis bei pflichtwidrigem rechtsgeschäftlichen Handeln des Vertreters der Rechtsgedanke des § 54 III HGB Anwendung finden soll⁶. Andere berufen sich auf den Rechtsschein der Vollmacht⁷, und Wellspacher führt aus, es handele sich um eine Reflexwirkung des Schutzes des gutgläubigen Dritten⁸.

Allen diesen Meinungen ist demnach gemeinsam, daß sie die Laband'sche Trennung von Vollmacht und Tätigkeitsverhältnis, vom Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes her gesehen, für nicht erforderlich halten.

Einen anderen Ansatzpunkt findet die Kritik von Müller-Freienfels. Er ist mit Laband der Ansicht, daß imperativisches Geschäft und organisatorische Vollmachtserteilung auseinandergehalten werden müssen⁹

1) Flume, Rechtsgeschäft S. 787, 788

2) Wellspacher S. 80; ähnl. H. Lange, Neues SchuR S. 68

3) Esser, SchuR § 250, 2 6 S. 317

4) Esser a.a.O.

5) Siebert a.a.O. S. 644; ähnl. auch Wellspacher S. 87; Meyer S. 54; Seeler S. 4

6) Siebert a.a.O. S. 645

7) v. Seeler S. 10; Meyer S. 54

8) S. 87

9) Stellvertretung S. 75

und daß die Bevollmächtigung selbst noch keine Rechte und Pflichten hervorruft¹. Er bezeichnet die rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht als "Habilitation zur Begründung privater Pflichten für den zu Vertretenden"². Für ihn ist die Vertretung, indem er von Essers Definition des subjektiven Rechts³ als ein "sozial gebundenes Bestimmungsrecht, und zwar über die zugeteilten Werte selbst wie über fremdes, die Zuweisung herstellendes oder störendes Verhalten" ausgeht, "ein Verhalten des Vertreters in der Zuständigkeit des Prinzipals"⁴.

Von diesem Schluß ausgehend, wendet er sich gegen die aus der Laband'schen Theorie gezogene Folgerung, daß der konkrete Willensinhalt der Vollmacht im Vertretergeschäft nicht zum Ausdruck kommt⁵. Gewissermaßen unter Modifizierung der von L. Mitteis begründeten Vermittlungstheorie⁶ kommt Müller-Freienfels zu dem Ergebnis: "Die Zuordnung der Vertretungsfolgen beruht wie auf den Willenserklärungen des Vertreters und Dritten im Vertretergeschäft so auch auf dem zustimmenden, mitwirkenden Willen des Vertretenen in der

1) S. 44

2) S. 45

3) zitiert nach Müller-Freienfels S. 88

4) a.a.O. S. 98

5) a.a.O. S. 4

6) L. Mitteis, Stellvertretung §§ 13, 14; Lenel, Jher. Jahrbuch 36, 1 ff, 13 ff, diese Theorie erklärt die Wirkungen der Vertretung aus einem Zusammenhandeln des Vertreters und des Vertretenen bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts und bestimmt deshalb die Voraussetzungen der Wirksamkeit der Stellvertretung teils durch die Person des Vertreters, teils durch die des Vertretenen, je nach Maß ihrer Beteiligung. - Müller-Freienfels fragt denn auch zu Beginn seiner Untersuchungen (S. 14), ob nicht doch ein richtiger Gedanke in dieser Auffassung liege und meint, sie verdiene bei seinen eigenen Ausführungen im Auge behalten zu werden.

Vollmachtserklärung"¹.

Nicht weiter eingegangen werden soll auf die Meinung Schloßmanns², für den an dem Vertreter wesentlich ist, daß er seine Arbeitskraft in den Dienst eines anderen stellt, damit der wirtschaftliche Erfolg letzterem zufällt. Welcher Art diese Dienste sind, tatsächliche oder rechtliche, erlaubte oder unerlaubte, ist für Schloßmann gleichgültig³; erwähnt sei nur noch, daß für ihn bezeichnenderweise auch der Bote Stellvertreter ist⁴. Da alle, auch die Kritiker Labands, davon ausgehen, daß Stellvertretung die Abgabe oder der Empfang einer Willenserklärung für einen anderen in dessen Namen⁵ ist, die Stellvertretung also in dem Abschluß eines Rechtsgeschäftes in fremdem Namen besteht, stellt sich Schloßmann mit der Bildung seines Vertreterbegriffes außerhalb dieses ansonsten unbestrittenen Grundsatzes⁶.

Es geht hier aber nicht darum, einen neuen Vertreterbegriff zu schaffen, sondern um die Einordnung der beiden Theorien zur Bestellung von Organmitgliedern einer AG.

Es kann demnach festgehalten werden, daß die Laband'sche Lehre der "Abstraktheit der Vertretungsmacht" eine Modifizierung zugunsten des Interesses des Vollmachtgebers erfahren hat. Der Vorschlag Sieberts, darüber hinaus den Umfang der Vertretungsmacht durch die in die Vollmacht einbezogene Pflichtbindung zu begrenzen, hat sich dagegen nicht durchzusetzen vermocht. Auch die teilweise geforderte Rückkehr zur Mandatstheorie ist nicht vollzogen worden.

1) a.a.O. S. 71

2) Die Lehre von der Stellvertretung, Erster Teil

3) a.a.O. S. 45 ff; zur Kritik; s. Binder Bespr. S. 347 ff; Preuß, Stellv. S. 429 ff

4) a.a.O. S. 47

5) Lehmann-Hübner, AT § 36 I, S. 299; Flume, Rechtsgeschäft S. 749

6) Ähnlich wie Schloßmann auch Swoboda. ZAKDR 1937, 333 ff der mit der Begründung, es gehe darum Lebensvorgänge zu erklären, auf den Einzelfall abstellt.

Die Kritik Müller-Freienfels' gilt dagegen der aus der Laband'schen Trennung heraus entwickelten Trennung und Verselbständigung des Begründungstatbestandes der Vertretungsmacht vom Tatbestand des Vertretergeschäfts.

Erkennbar ist weiterhin, daß die an der Laband'schen Trennung lautgewordene Kritik sich anhand der Stellvertretungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches geäußert hat, obwohl Laband die Trennung an den Normen des Vertretungsrechts des Handelsgesetzbuches, und zwar insbesondere an der Vertretung von juristischen Personen, vollzogen hatte.

Es fragt sich aber, ob es nicht unter Aufrechterhaltung des immer wieder beschworenen einheitlichen Begriffs der Vertretung¹ eine Lehre von der "besonderen Gestaltung der Vertretung im Körperschaftsrecht"² geben kann. Es ist zu untersuchen, ob die Laband'sche Trennung von Vollmacht und Pflichtbindung - und zwar speziell im Hinblick auf die Vertretung juristischer Personen des Handelsrechts, an der sie auch entwickelt wurde - in dieser Form und in diesem Umfang überhaupt gerechtfertigt ist. Schon ein Blick auf die durchgeführte Untersuchung der beiden Theorien bei der praktischen Rechtsanwendung läßt Zweifel aufkommen.

Ist es im Bürgerlichen Gesetzbuch unbestritten, daß die Vollmacht durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung erteilt wird, so gibt auch schon der Streit um die Rechtsnatur der Bestellung zum Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft Anlaß, diese Frage zu stellen.

Untersucht werden muß daher, und dies ist erstaunlicherweise trotz aller Kritik an der Laband'schen Lehre bisher nicht geschehen, ob die Abstraktheit als "pandektisch isolierende Begriffssystematik"³

1) Flume, Rechtsgeschäft S. 791

2) Bartholomeyczik, Juristische Person S. 298

3) Zitat nach H.P.Westermann, Vertragsfreiheit, S. 2

entweder

teilweise revidiert werden muß, und zwar in der Hinsicht, daß bei der Vertretung juristischer Personen des Handelsrechts unter Beibehaltung der Trennung die Vollmachtserteilung notwendigerweise mit einer Pflichtbindung parallel laufen muß

oder

ob diese notwendige Pflichtenbindung darüber hinaus zu einer Aufhebung des Grundsatzes der Abstraktheit führen muß.

II. Kritik an der Bezeichnung "Abstraktion", zugleich Kritik an der isolierenden Betrachtungs- weise

Schon Schloßmann hat sich gegen den Begriff der "Abstraktion" von Vollmacht und Tätigkeitsverhältnis gewandt¹ mit dem Hinweis, daß es sich bei den Begriffen "abstrakt" und "causal" um termini technici aus den Vermögensgeschäften handle. Auch Flume² will es bei kausalen und abstrakten Rechtsgeschäften als Kategorien der Zuwendungsgeschäfte belassen. Dem ist zuzustimmen. Man kann zwar einwenden, daß niemand unter der "Abstraktion der Vollmacht" bei dem Gedanken an das Tätigkeitsverhältnis an eine "causa" im Sinne eines Rechtsgrundes für die "Zuwendung" denkt³ und daß damit eine andere Bezeichnung, beispielsweise Trennung oder Loslösung, nur eine rein verbale Umbenennung darstelle. Wie aber die Literatur zur Dualistischen Theorie zeigt, hält man es, nachdem die Abstraktion betont wurde, im nachhinein meist für erforderlich und notwendig, auf den "Zu-

1) Lehre von der Stellvertretung, Zweiter Teil § 61, S. 436 f

2) Rechtsgeschäft S. 152

3) sonst müßte man auch bei den §§ 780, 781, 784 BGB die Terminologie aufgeben

sammenhang", die "Verbindung" usw.¹ hinzuweisen.

Diese nachträgliche, mildernde Abschwächung der im Obersatz beschworenen Trennung erübrigt sich aber, wenn man sich vor Augen hält, daß Vertretung als Außenhandlung und Geschäftsführung als Handlung nach innen dieselbe Tätigkeit betreffen. Mit Recht kritisiert A. Hueck², daß "man es normalerweise als eine Ausnahme ansieht, daß eine Handlung beiden Bereichen angehört". Dies geschieht deshalb, weil durch den unglücklich gewählten Begriff "Abstraktion" der notwendige Blick auf den Zusammenhang zwischen beiden Verhältnissen getrübt wird. Aus der gleichzeitigen Sicht des Außen- und des Innenverhältnisses folgt denn auch, daß jeder Akt der Vertretung zugleich auch einen Akt der Geschäftsführung darstellt.

Mit dieser Betrachtungsweise, und dies sei zugegeben, ist aber noch nichts Grundsätzliches gegen die Abstraktion ausgesagt. Sie führt aber dazu, die vom abstrahierenden Denken als einander ausschließend betrachteten Gegensätze (wie Innen- und Außenverhältnis) zu relativieren, indem sie die Züge, an denen sie hervortreten, nicht isoliert³.

Die der Trennungstheorie zugrunde liegende Betrachtungsweise, und das zumindest hat die oben erwähnte Kritik⁴ verdeutlicht, geht allein von dem Standpunkt des Gläubiger-, des Verkehrsschutzes aus. Dieses Bestreben beinhaltet aber eine Tendenz zur Trennung und auch zur Isolierung der Begriffe.

1) s.o.S. 21 ff

2) Recht der OHG, S. 117 Fußn. 6

3) Larenz, Methodenlehre S. 449

4) s.o.S. 81 ff

Es stellt sich die Frage, wie der Gesetzgeber Innen- und Außenverhältnis gestaltet und in welches Verhältnis er sie zueinander gesetzt hat. Um dies zu klären, ist es angebracht, die Bestimmungen bei der Vollmacht Bürgerlichen Rechts mit den entsprechenden Vorschriften im Recht der Personengesellschaften und der juristischen Personen miteinander zu vergleichen.

III Die Vertretung

1) Die Vollmacht nach Bürgerlichem Recht

Für die Vertretung beim Rechtsgeschäft aufgrund rechtsgeschäftlich erteilter Vertretungsmacht (Vollmacht) gilt im Bürgerlichen Recht unter Anlehnung an die Repräsentationstheorie¹ folgendes:

Handeln als Vertreter ist Handeln in fremdem Namen, Eigenhandlung und eigener Willensentschluß; zudem Handeln in rechtlicher Zuständigkeit (§ 164 BGB).

Der Willensentschluß des Vertreters bleibt sein eigener, ebenso wie seine Handlung Eigenhandlung bleibt, nur die Rechtswirkungen werden dem Vertretenen zugerechnet.

Der Umfang der Vertretungsmacht wird bei der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht vom Vollmachtgeber selbst bestimmt, er ist somit von dessen Willen abhängig (§ 167 BGB).

Ist eine Handlung des Vertreters gegeben, die nicht im Rahmen rechtlicher Zuständigkeit liegt, dann ist eine Genehmigung möglich (§§ 177 ff BGB).

Für zu vertretende Pflichtverletzungen bei der Vertragsanbahnung (cic) des Vertreters haftet der Bevollmächtigende; die Haftung für Vorsatz kann ausge-

1) zu den folgenden Ausführungen vgl. zusammenfassend: Flume, Rechtsgeschäft S. 749 ff; Lehmann-Hübner S. 298 ff; Larenz AT S. 461 ff; Lehmann Stellvertretung S. 694 ff

geschlossen werden, § 278₂ BGB.

Die Erteilung der Vertretungsmacht erfolgt durch Rechtsgeschäft, durch einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung entweder gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll (§ 167 BGB).

Eine Annahme der Bevollmächtigung wird nicht für erforderlich gehalten, weil dem Bevollmächtigten keine Pflichten (z.B. die Pflicht, für den Vollmachtgeber tätig zu werden) erwachsen. Wäre dies der Fall, dann hätte der Gesetzgeber die Vollmacht als Vertragsverhältnis gestalten oder zumindest eine Annahme für erforderlich erklären müssen, denn die geltende Privatrechtsordnung kennt keine Übertragung oder Belastung mit Pflichten durch eine einseitige privatrechtliche rechtsgeschäftliche Erklärung ohne jegliche Mitwirkung des zu Verpflichtenden.

So wird auch die Vorschrift des § 165 BGB verständlich, nach der auch ein beschränkt Geschäftsfähiger Vertreter sein kann; da mit der Vertreterstellung selbst keine Pflichtbindung verbunden ist, kann auch eine "nicht pflichtgemäße Vertretung" und eine damit verbundene Verantwortlichkeit des beschränkt Geschäftsfähigen aus der Vertretung selbst nicht abgeleitet werden.

Ob man nun die Vertretungsmacht als "Legitimation"¹ oder "rechtliche Fähigkeit"² bezeichnet, deutlich ist jedenfalls, daß nach der Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch allein mit der Stellung als Vertreter keine Verpflichtung verbunden ist. Die Kritik Müller-Freienfels' an der Bestimmung der Vertretungsmacht als Kompetenz, formeller Ermächtigung, rechtlichem Können³ ist nicht gerechtfertigt. Sein Hinweis

1) s.o.S. 83 Fußn. 4 ("ein Verhalten des Vertreters in der Zuständigkeit des Prinzipals")

2) s. dazu den Literaturnachweis bei Müller-Freienfels S. 35 Fußn. 3

3) a.a.O. S. 75 ff

darauf, daß das Verhalten eines Subjekts "stets sowohl unter dem Gesichtspunkt des Herbeiführens von Rechtswirkungen als auch unter dem der Rechtmäßigkeit, des Gedurftseins zu prüfen ist, und zwar unabhängig voneinander"¹, reicht nicht aus, die einleuchtend klare Trennung von "Können" und "Dürfen" des Vertreters aufzugeben, nur um das Vertreterhandeln nochmals einer Wertung unterziehen zu können. Die Frage, ob das "Können" erlaubt ist oder nicht, wird, wenn man die Trennung von Außen- und Innenverhältnis beibehält, unter dem Gesichtspunkt der Pflichtbindung im Innenverhältnis nachgeprüft.

Es soll aber hier schon darauf hingewiesen werden, daß es streitig ist, ob diese Pflichtbindung bei jeder Vollmacht vorhanden sein muß oder nicht.

Ersteres wird immer wieder behauptet, und zwar regelmäßig mit dem Hinweis darauf, daß tatsächlich mit der fremdnützigen Bevollmächtigung regelmäßig eine Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten verbunden sein muß, weil Verpflichtungen auferlegt werden müssen, wenn fremdnützige Organisationsnormen funktionieren sollen².

Ob diese Ansicht zutreffend ist, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, denn alle Vertreter dieser Meinung gehen davon aus, daß sich die Pflichtbindung aus dem Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem ergibt, wobei das Innenverhältnis aber jedenfalls von der Vollmacht zu trennen ist.

1) a.a.O. S. 75

2) Müller-Freienfels S. 75; mit ähnlicher Begründung auch Flume, Rechtsgeschäft S. 9

2) Die organschaftliche Vertretung

Da diese Grundsätze für die bürgerlich rechtliche Vollmacht ganz selbstverständlich sind, stellt sich die Frage, warum sie bei der Vertretung einer juristischen Person insoweit in Frage gestellt sind, als man teilweise für die Berufung in die Organstellung, für die Stellung als Organmitglied, eine Annahme oder Zustimmung für erforderlich hält¹.

Dies wird grundsätzlich² damit begründet, daß der Organstellung auch eine Pflichtbindung immanent sei, daß die Bestellung zum Organ also nicht nur unter dem Gesichtspunkt des "Könnens" gesehen werden dürfe, sondern daß mit der Bestellung dem Organmitglied zugleich Verpflichtungen auferlegt würden.

Selbst wenn die Richtigkeit dieser Meinung unterstellt wird, so folgt aus ihr aber noch nicht notwendigerweise eine unterschiedliche Beurteilung des Rechtsinstituts der Vertretung bei juristischen Personen. Behält man, von der Repräsentationstheorie ausgehend, die Trennung von Innen- und Außenverhältnis bei, so ergibt sich für die organschaftliche Vertretung in Kongruenz zur Vollmacht des Bürgerlichen Rechts³:

Handeln als Organ ist Handeln in fremdem Namen, Eigenhandlung und eigener Willensentschluß; zudem Handeln in rechtlicher Zuständigkeit.

Der Willensentschluß des Organs bleibt Entschluß des Organs, ebenso wie die Handlung Eigenhandlung bleibt, nur die Rechtsfolgen werden der juristischen Person zugerechnet.

1) s.o.S. 8 f

2) s.o.S. 10 ff, auch zu den abweichenden Meinungen

3) s. dazu die Ausführungen auf S. 88 ff

Selbst wenn man nicht der Ansicht ist, daß die Organlehre in die Lehre von der rechtsgeschäftlichen Vertretung eingegliedert werden kann¹, so gilt das Gesagte für das Organmitglied einer juristischen Person genauso wie für den Bevollmächtigten des Bürgerlichen Rechts.

Die Vorstellung, der Willensentschluß eines Organmitgliedes sei Willensentschluß der juristischen Person, die Handlung als Organ sei Handlung der Körperschaft selbst, beruht nicht auf juristischer und wertender, sie beruht auf gegenständlicher, möglicherweise "naturwissenschaftlicher" Betrachtungsweise. Schon die Bezeichnung "Organ" und damit "die unwillkürliche antropomorphe Vorstellung an den menschlichen Körper"² als Vorbild, läßt dies erkennen.

Bartholomeyczik hat denn auch demgegenüber darauf hingewiesen, daß die Gleichsetzung von Körperschafts- und Eigenhandlung sich "nur sozial aus der allgemeinen Wahrnehmungsbefugnis der Körperschaftsrechte durch Organträger"³ erklärt.

Allerdings ist der Umfang der Vertretungsmacht im Gegensatz zur Vollmacht bürgerlichen Rechts bei den Körperschaften gesetzlich festgelegt⁴. - Dies ist aber ebensowenig Ausfluß einer besonderen körperschaftlichen Vertretung, wie die Regelung bei der Prokura (§§ 48, 50 HGB) beweist.

Der Unterschied folgt daraus, daß der Umfang der Vollmacht bürgerlichen Rechts allein durch die der Auslegung fähige Willenserklärung des Vollmachtgebers bestimmt wird, während die davon abweichende Regelung im Handelsrecht vor allem durch die Gesichtspunkte des Verkehrsschutzes und die Erfordernisse der eigenständigen Entscheidungsbefugnis der notwendigen Organmit-

1) s. dazu die Zusammenstellung bei Bartholomeyczik Jur. Person S. 292 ff; s.a. oben Seite 1, Fußn. 2

2) s.o.S. 1 Fußn. 3

3) Bartholomeyczik, Jur. Person S. 298

4) s.a. außer § 82 I AktG die §§ 35, 37 II GmbHG, §§ 126, 161 II

mitglieder gegenüber den kontrollierenden Organen geboten ist.

Bei einer Handlung, die nicht im Rahmen rechtlicher Zuständigkeit liegt, ist ebenfalls Genehmigung möglich, § 177 ff BGB. Bei Vorstandsmitgliedern ist ein Überschreiten dieser Zuständigkeit und damit eine Genehmigung nur insoweit möglich, als gegen eine angeordnete Gesamt- (§ 78 II) oder unechte Gesamtvertretung (§ 78 III) verstoßen wird. Dies folgt aber ebenfalls nicht aus einem besonderen Begriff der Vertretung im Recht der Körperschaften, sondern hat seinen Grund in der gesetzlichen Festlegung des Umfangs der Vertretungsmacht.

Auch bedeutet die Anordnung einer echten oder unechten Gesamtvertretung keine inhaltliche Veränderung oder Beschränkung der Vertretungsmacht im Rechtssinn. Vielmehr tritt nur eine tatsächliche Beschränkung der Vollmacht ein - die Vollmacht ist an eine Mehrheit von Personen übertragen. Inhaltlich wird sie dadurch nicht verändert.

Für das Vertretenmüssen von Pflichtverletzungen innerhalb rechtsgeschäftlich begründeter Rechtsverhältnisse ihres Organmitgliedes haftet die juristische Person, ebenso wie der Vollmachtgeber aufgrund der Vorschrift des § 278 BGB. Auch daraus ergibt sich, daß die Handlung des Organmitgliedes Eigenhandlung und nicht Handlung der juristischen Person ist. Ein Ausschluß der Haftung für Vorsatz (§ 278 2 BGB) ist aber entgegen der Regelung bei der Vollmacht nicht möglich¹. Dies ergibt sich ebenfalls nicht aus einer unterschiedlichen Beurteilung des Rechtsinstituts der Vertretung, sondern daraus, daß die organschaftliche Vertretung eine "notwendige"² ist. Daß dies so ist, folgt aus dem Verhältnis des Organmitgliedes zur juristischen Person³.

1) Esser SchuR AT, S. 259

2) Bartholomeyczik, Jur. Person S. 298

3) zur Begründung s.S. 101 ff

Mit anderen Worten: Wäre ein Ausschluß der Haftung für Vorsatz möglich, so wäre die juristische Person vor der natürlichen ungerechtfertigt bevorzugt¹; ein solcher unerlaubter Haftungsausschluß unterliegt somit der Vorschrift des § 138 BGB². Auch die Nichtanwendbarkeit des § 831 BGB und die damit nicht vorhandene Möglichkeit eines Entlastungsbeweises für die juristische Person - es gilt unabdingbar § 31 BGB - läßt keine unterschiedliche rechtliche Beurteilung der Vertretung zu. Die Begründung ist dieselbe wie bei § 278 2 BGB: § 31 ist ein Korrelat der notwendigen Vertretung durch einzelne Rechtsgenossen, nicht umgekehrt die notwendige Folge eines gliedhaften Handelns³.

3) Zwischenergebnis

Festgehalten werden kann: Zwischen der Vertretung eines Einzelnen durch einen Bevollmächtigten und der Vertretung einer juristischen Person durch ein Organmitglied kann kein Unterschied gemacht werden.

Es muß aber darauf hingewiesen werden, daß die Untersuchung bisher isoliert, ohne jegliche Berücksichtigung eines zugrundeliegenden Verhältnisses (Innenverhältnisses) durchgeführt wurde.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird noch erhärtet, wenn man einen Blick auf das Institut der Vertretung bei den sonst nicht in diese Arbeit einbezogenen Personalgesellschaften wirft.

1) KK § 76 Anm. 21 m. weiteren Nachweisen

2) Bartholomeyczik a.a.O.

3) Bartholomeyczik a.a.O.

4) Die Vertretung bei den Personalgesellschaften

Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geht das Gesetz von einer Gesamtvertretungsbefugnis aller Gesellschafter aus, §§ 709, 714 BGB. Ebenso kann dies im Gesellschaftsvertrag der OHG bestimmt werden, § 125 II 1 1. Modalität HGB.

In diesen Fällen ist es wegen der mangelnden Rechtsfähigkeit der Gesellschaft wenig sinnvoll, von Vertretern oder Organen zu sprechen, da der gemeinschaftliche Wille von der Gesamtheit aller Mitglieder gebildet und ausgeführt werden muß¹.

Aufgrund der Unbeweglichkeit eines solchen Auftretens aller Gesellschafter erfolgt bei der BGB-Gesellschaft meist eine Beseitigung der Gesamtbefugnis, indem (wie bei der OHG gem. §§ 114 I, 115 I, 125 I HGB) alle Gesellschafter Einzelbefugnis erhalten oder indem das Recht zur Vertretung (als Einzel- oder Gesamtbefugnis) einigen Gesellschaftern übertragen wird (§§ 710, 714 BGB).

Bei der OHG kann die gesetzliche Einzelbefugnis aller Gesellschafter beseitigt werden, indem ein Teil der Gesellschafter von dem Recht zur Vertretung ausgeschlossen wird - insoweit besteht dann eine Regelung, wie sie das Gesetz für die KG vorsieht (§§ 164, 170 HGB).

Schließlich kann auch das gesetzliche Verhältnis von Regel und Ausnahme umgekehrt werden, indem der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß jeder Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen ist, sofern ihm diese nicht ausdrücklich zugewiesen wurde. Fast eine Übereinstimmung mit dem Recht der Körperschaften wird dann erreicht, wenn darüber hinaus im Gesellschaftsvertrag in Anlehnung an die Struktur der juristischen Personen

1) Buchner S. 500; Nitschke S. 95; Palandt-Thomas § 714 Anm. 1; Staudinger-Keßler § 714,3

des Handelsrechts eine meist als "Vorstand" bezeichnete Institution verankert wird. In diesen "Vorstand" werden diejenigen Gesellschafter berufen, die die Gesellschaft vertreten sollen.

Jedenfalls muß in allen diesen Fällen bei einem Tätigwerden des oder der Gesellschafter nach außen von Vertretung gesprochen werden. Ebenso wie bei der BGB-Vollmacht und der Organschaft der juristischen Person beinhaltet dabei Vertretung Handeln in fremdem Namen und auf fremde Rechnung, Eigenhandlung und eigenen Willensentschluß, zudem Handeln in rechtlicher Zuständigkeit¹.

Wenn darauf verwiesen wird, daß ein Gesellschafter bei der Vertretung zugleich auch in eigenem Namen für sich selbst handle², deshalb also nicht "Bevollmächtigter" sein könne³, so steht das der im letzten Satz getroffenen Feststellung nicht entgegen. Vertretung schließt niemals gleichzeitiges Handeln für sich selbst aus. Darüber hinaus tritt die OHG im Prozeß als Partei auf (§ 124 I HGB), ohne daß die vertretungsberechtigten Gesellschafter ebenfalls Partei wären. Dies ergibt sich daraus, daß ein Gesellschafterwechsel während des Prozesses nicht zur Parteiänderung führt, daß aus einem Urteil gegen die OHG nicht gegen die einzelnen Gesellschafter vollstreckt werden kann (§ 129 IV HGB) und daß ein Urteil gegen alle Gesellschafter nicht gegen die OHG wirkt (§ 124 II HGB).

5) Zwischenergebnis

Vergleicht man das Rechtsinstitut der Vertretung bezüglich der Ausgestaltung im bürgerlichen Recht und im Recht der juristischen Personen - und zwar unab-

1) s.o.S. 88 und S. 91 nach Fußn. 3

2) Buchner S. 500; Schlegelberger 3. Aufl. § 125, Anm. 2

3) Schlegelberger a.a.O.

hängig von einem zugrundeliegenden oder möglicherweise zugrundeliegenden Rechtsverhältnis (Innenverhältnis) - so kann in den wesentlichen Punkten eine Übereinstimmung festgestellt werden. Dieses Ergebnis wird durch einen Vergleich mit den Vertretungsregeln bei den Personalgesellschaften erhärtet.

Wird dies festgehalten, so können sich "alle anderen zahlreichen Unterscheidungsmerkmale"¹ eben nicht aus dem Institut der Vertretung, sondern nur aus den verschiedenen Innenverhältnissen zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem bzw. juristischer Person und Organmitglied ergeben.

Dies soll im folgenden Abschnitt untersucht werden.

IV Der rechtliche Gehalt des Innenverhältnisses

1) Bei der Vollmacht bürgerlichen Rechts

Bei der Untersuchung der Beziehungen im Innenverhältnis wird wiederum mit der Vollmacht des bürgerlichen Rechts begonnen.

Wie schon erwähnt², wird auch bei der Vollmacht, ebenso wie im Aktienrecht, die Notwendigkeit des Vorliegens einer Pflichtenbindung behauptet.

Aus dem Gesetzestext selbst läßt sich diese Meinung nicht ableiten, denn das Gesetz geht auf das Innenverhältnis nur in § 168 BGB ein. In dieser Vorschrift ist bestimmt, daß sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis richtet. Dazu lautet Satz 2: "Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt".

1) Bartholomeyczik, Jur. Person S. 298

2) s.o.S. 10 ff u. S. 90

Nur in dieser Vorschrift geht der Gesetzgeber auf das Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem ein, die sonstigen Regeln betreffen allein das Außenverhältnis.

Mit der Erwähnung des "zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses" ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht ausgesagt, daß dies notwendigerweise vorliegen muß; nur ist bestimmt, daß die Vollmacht mit dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis endet - vorausgesetzt, daß ein solches vorliegt.

Wird angeführt, "eine grundlose Vollmacht ist nicht denkbar"¹, so ist dies nicht zutreffend.

Selbstverständlich wird es im Rechtsleben kaum vorkommen, daß jemand einen anderen Rechtsgenossen, banal gesagt, bevollmächtigt, um auch einmal einen Vertreter zu haben. Aber angenommen, A bevollmächtigt den B eben aus diesem banalen Beweggrund heraus, wer wollte dann bestreiten, daß den A die Rechtswirkungen der Vertreterhandlungen des B treffen würden?

Aber selbst wenn angenommen wird, jeder Vollmachtgeber erteile die Vollmacht mit einer bestimmten Absicht, er bezwecke damit irgendetwas, sei es auch nur die Erweiterung des eigenen Aktionsradius', so wird damit nur festgestellt, daß der Vollmachtgeber zweckgerichtet tätig wird. Nicht aber folgt daraus, daß damit eine Pflichtenbindung zwischen den beiden Parteien besteht.

Eine Bindung des Bevollmächtigten aufgrund eines Innenverhältnisses ist, auch im Hinblick auf den Schutz des Vollmachtgebers - und dieser ist ja bei dem Erfordernis des Innenverhältnisses entscheidend - nicht erforderlich.

1) Palandt - Danckelmann § 167 Anm. 2

Dem Vollmachtgeber ist es freigestellt, ob er jemanden bevollmächtigt oder nicht. Tut er es, so hat er die Möglichkeit, den Umfang der Vertretungsmacht nach eigenem Belieben durch eigene Willenserklärung festzulegen. Er kann auch die Vollmacht nur im Verhältnis zu einem bestimmten Dritten erteilen, also auch den Personenkreis beschränken, demgegenüber der Bevollmächtigte tätig werden kann. Er ist nicht gehindert, neben dem Bevollmächtigten weiterhin eigene Rechtshandlungen vorzunehmen. Es steht in seinem Belieben, die Vollmacht zu widerrufen (§§ 168, 171 II BGB). Handelt der Bevollmächtigte außerhalb seiner Zuständigkeit, so steht es im Ermessen des Vollmachtgebers, ob er dies genehmigt und sich damit die Rechtswirkungen zurechnen lassen muß.

Eine Pflichtenbindung des Vertreters zu dem Vertretenen kann somit unterbleiben, der Bevollmächtigende hat im Rahmen der Vollmacht aus genügend Möglichkeiten, diese selbst zu beschränken.

Die Notwendigkeit einer Pflichtenbindung zwischen Bevollmächtigtem und Vollmachtgeber kann daher aus dem Rechtsinstitut der Vollmacht allein nicht begründet werden.

Will es der Vollmachtgeber nicht der Entscheidung des Bevollmächtigten überlassen, ob überhaupt und wann dieser für ihn tätig wird, so muß er mit ihm einen schuldrechtlichen Vertrag schließen und darin den Bevollmächtigten zum Tätigwerden verpflichten.

Bei diesem Vertrag kann es sich z.B. um einen Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag oder um einen Geschäftsbesorgungsvertrag handeln.

Diese schuldrechtliche Vereinbarung hat aber, und dies muß klargestellt werden, nichts mit dem Postulat der Verknüpfung von "Herrschaft und Haftung"¹ zu tun, sondern sie verpflichtet nur den Bevollmächtigten, für den Vollmachtgeber tätig zu werden.

Bei der Gestaltung des Innenverhältnisses haben Bevollmächtigter und Vollmachtgeber im Rahmen der vom Gesetzgeber gewährten Vertragsfreiheit Spielraum. Beispielsweise kann im Vertrag bestimmt werden, daß der Dienstverpflichtete alle Geschäfte für den Dienstherrn abschließen soll, daß er dies nur während der Urlaubszeit des Dienstherrn tun soll oder daß er nur dazu verpflichtet ist, einen ganz bestimmten Gegenstand an einen ganz bestimmten Dritten zu veräußern. Dies alles ist der privatautonomen Bestimmung der Parteien überlassen, und der Gesetzgeber gibt, außer durch die Hilfestellung der im Gesetz normierten Vertragstypen keine weiteren Anweisungen. Der Grund dafür ist, daß der Einzelne privatautonom bestimmen kann, ob und von wem er vertreten sein will und daß er den Umfang der Vertretungsmacht selbst bestimmen kann. Daher kann es ihm auch unbeschränkt überlassen bleiben, ob und wie er im einzelnen das Innenverhältnis regelt. Der Schutz Dritter wird dadurch erreicht, daß bei ihnen die Kenntnis und das Vertrauen auf die Vertretungsmacht entscheidend ist.

Es kann somit die Schlußfolgerung gezogen werden, daß gegen die Zulässigkeit der Erteilung der Vollmacht unter Außerachtlassung einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Bevollmächtigten keine Bedenken bestehen.

1) s. dazu Müller-Erzbach, Handelsrecht S. 180, Mitgliedschaft S. 116, 119; Eucken, Grundsätze S. 281; AkDR-Bericht S. 36

2) Bei den Organmitgliedern

Dieselbe Problematik taucht bei den Organmitgliedern juristischer Personen auf. Wird festgehalten, daß die Vertretung bei Vollmacht und Organschaft sich nicht unterscheidet, so bleibt ebenso wie bei der Vollmacht nur die Folgerung, daß sich die Pflichten des Organmitgliedes allein aus dem Innenverhältnis zwischen ihm und der Gesellschaft ergeben können.

Wird von der durchaus herrschenden Meinung aber eine "Annahme der Bestellung" für erforderlich gehalten¹, und zwar wegen der mit der Bestellung angeblich notwendigerweise verbundenen Pflichten, so kann dies nur bedeuten:

Sind mit der Stellung als Organmitglied Pflichten verbunden, so kann dies nur aus einem Innenverhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschaft folgen. Ist aber ein Innenverhältnis notwendig, so liegt das an einer im Vergleich zum Innenverhältnis bei der BGB-Vollmacht verschiedenen Ausgestaltungen der Beziehungen zwischen Organmitglied und juristischer Person.

Eine von der Vollmachtsregelung abweichende Ausgestaltung der Grundbeziehungen zwischen Organmitglied und juristischer Person kann sich schon daraus ergeben, und darauf wurde schon mehrfach hingewiesen, daß die juristische Person notwendig vertreten werden muß. Ist aber eine Vertretung notwendig, dann kann die juristische Person nicht privatautonom bestimmen, ob sie selbst als rechtsfähiges Gebilde im Rechtsverkehr nach außen auftreten will oder nicht.

1) s.o.S.9 ff nach Fußn. 5

Sie ist darauf angewiesen, eine oder mehrere natürliche Personen handeln und Willenserklärungen abgeben zu lassen.

Hinzu kommt die fehlende Möglichkeit, den Umfang der Vertretungsmacht zu beschränken oder wenigstens die Haftung im Rahmen des § 278₂ BGB auszuschließen oder einen Entlastungsbeweis im Rahmen des § 31 BGB zu führen¹.

Die juristische Person ist also im Gegensatz zum Bevollmächtigenden darauf beschränkt, durch ihre dafür zuständigen Organe eine geeignete Persönlichkeit auszuwählen und zu bestimmen². Hat sie dies getan, und sie muß es tun, um eine Teilnahme am Rechtsleben zu ermöglichen, so hat sie, eben durch die sorgfältige Wahl dieser Persönlichkeit schon eine gewisse Sicherheit für eine ordentliche Amtsführung.

Im Gegensatz zur Bevollmächtigung kann bei der juristischen Person aber nicht allein darauf abgestimmt werden, ob dem Gewählten nur die Position des rechtlichen "Könnens" gewährt wird und das Problem des rechtlichen "Dürfens und Müssens" der Disposition der Parteien unterliegt, damit also auch offen bleiben kann. Dies ist nicht möglich, und zwar nicht nur wegen der mangelnden Möglichkeit der Einflußnahme der juristischen Person auf die Ausgestaltung des notwendigen Vertretungsverhältnisses, sondern vor allem deshalb nicht, weil das Organmitglied, und dies ist unbestritten, durch die Berufung in das Amt in die verbandsmäßige Struktur der juristischen Person eingegliedert wird. Die Eingliederung in die Struktur der juristischen Person bedingt andere, vom Verhältnis Voll-

1) s.o.S. 93, 94

2) s.o.S. 40 f

machtgeber - Bevollmächtigter verschiedene Beziehungen zwischen Organmitglied und juristischer Person.

In der körperschaftlichen Struktur der Gesellschaft ist dem Vorstandsmitglied vom Gesetzgeber die Stellung eines "Geschäftsleiters" zugewiesen worden (§ 76 I): "der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten".

Deshalb ist es zutreffend, wenn gesagt wird¹, das Vorstandsmitglied habe - und zwar notwendigerweise - die Befugnis zur Vertretung und Geschäftsführung in den durch Gesetz und Satzung gezogenen Grenzen².

Aus dieser Befugnis, nicht nur die Gesellschaft Dritten gegenüber zu vertreten, sondern notwendigerweise auch die Geschicke der Gesellschaft nach innen, im wesentlichen unabhängig von der Einflußnahme anderer³, bestimmen zu können, ergibt sich eine völlig andere Grundbeziehung zur Körperschaft. Die Körperschaft ist darauf angewiesen, daß das Organmitglied in Selbstbestimmung Entscheidungen trifft und rechtserhebliche Handlungen vornimmt. Sie wird durch diese Bestimmungen, die sozial als solche der Körperschaft erscheinen, gelenkt.

Diese Machtbefugnis des Organmitgliedes ist mit der eines Bevollmächtigten nicht vergleichbar, sie beruht auf der Eingliederung in die Organisation und damit auf der funktionsbedingten Kompetenz als Leitungsorgan.

1) s.o.S. 11 unter Fußn. 4

2) eine Beschränkung der Vertretungsmacht ist allerdings nur im Rahmen der angeordneten Gesamtvertretung rein tatsächlich möglich, s.o.S. 93

3) s. dazu o.S. 33 ff

Im Gegensatz zur Grundbeziehung bei der Vollmacht bürgerlichen Rechts hat der Gesetzgeber auch die Befugnisse und Aufgaben, die sich aus dieser besonders strukturierten Stellung ergeben, im Gesetz niedergelegt. Legt der Gesetzgeber aber die Befugnisse und Aufgaben fest und entzieht er sie damit, gleichgültig aus welchem Grund, der Parteidisposition, so ist mit dieser Feststellung allein noch nichts darüber gesagt, daß der Einzelne, wenn er von der Körperschaft in diese Stellung berufen wird, kraft Gesetzes in diesem gesetzlichen Rahmen tätig werden muß¹.

Dies kann auch nicht daraus abgeleitet werden, daß das Organmitglied beispielsweise bei Verletzung seiner Obliegenheiten Schadenersatz leisten muß (§ 93), daß es dem Schweige- und Wettbewerbsverbot unterliegt (§§ 88, 90, 93 I 2) oder in bestimmten Fällen sogar strafrechtlich verantwortlich ist (§§ 399 ff). Eine Anwendung dieser Vorschriften setzt eine Ausübung bzw. Unterlassung organschaftlicher Rechte voraus; hier geht es aber darum, ob das Organmitglied überhaupt zu dieser Tätigkeit verpflichtet ist.

Die Verpflichtung ergibt sich auch nicht, wie man im Hinblick auf die "gesetzliche Vertretung" beispielsweise der Eltern oder des Vormundes behaupten könnte, allein aus der Auslieferung an fremde Autorität. In diesen Fällen geht der Gesetzgeber zutreffend davon aus, daß sich eine besondere schuldrechtliche Verpflichtung zum Tätigwerden erübrigt. Vorausgesetzt wird, daß sich die Eltern von den blutsmäßigen Banden leiten lassen, und bei der Vormundschaft, einem Institut, das sich aus der Schutzgewalt der Sippe (Munt) herausentwickelt hat², handelt es sich um

1) so aber Molitor, s.o.S. 12

2) Beitzke, Familienrecht S. 238

eine angeordnete und ersetzende, unter staatlicher Aufsicht gehandhabte Fürsorge. Von einer solchen Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Organmitglied und juristischer Person kann aber nicht die Rede sein, auch dann nicht, wenn in einer Familien - AG ein Familienmitglied in den Vorstand berufen wird. Auch die Berufung eines Aktionärs und damit die Bindung durch kapitalmäßige Beteiligung kann diese Beziehung nicht ersetzen.

Dasselbe gilt für die Beziehungen aufgrund der Mitgliedschaft, beispielsweise als Gesellschafter einer GmbH oder als Mitglied einer Genossenschaft. Zwar kann bestimmt sein, daß nur Mitglieder der Körperschaft in den Vorstand berufen werden können (§ 9 II 1 GenG). Dies zeigt aber nur, daß die Organstellung von der Mitgliedschaft zu unterscheiden ist, denn für die Eingliederung in die Organstellung ist der Bestellungsakt maßgebend, wobei in der GmbH die Bestellung im Gesellschaftsvertrag erfolgen kann (§ 6 II 2 GmbHG). Zutreffend führt denn auch Zöllner¹ aus, daß die Bestellung nicht der Verstärkung der mitgliedschaftlichen Stellung dient, sondern dem Mitglied neben dieser unverändert weiterbestehenden mitgliedschaftlichen Stellung eine besondere Funktion gegeben wird.

Dies beweist auch die Abberufung aus der Organstellung (§§ 38 I GmbHG, 24 III 1 GenG). Die Abberufung aus der besonderen Funktion, der Entzug der Wirkungsmöglichkeit im Außenverhältnis bewirkt, daß das Mitglied aufhört, Organ zu sein. Seine mitgliedschaftliche Stellung bleibt davon aber unberührt. Ist dies aber so, so kann festgehalten werden, daß die Vertretungsbefugnis ein Essentiale des Begriffs "Organmitglied", nicht aber wesentlich für die Stellung als Mitglied der Körperschaft ist.

1) Schranken S. 7

Auch aus der mitgliedschaftlichen Stellung kann also keine Verpflichtung des berufenen Organmitgliedes zum Tätigwerden abgeleitet werden.

Schließlich kann auch aus der Eingliederung in die Organisation und der damit verbundenen Einordnung in den durch die Satzung konkretisierten Gesellschaftszweck eine Verpflichtung nicht abgeleitet werden. Mit der Eingliederung wird zwar seitens der Gesellschaft die Zweckverwirklichung beabsichtigt und auch in Gang gesetzt, ebenso muß ein Organmitglied den konkreten Gesellschaftszweck objektivieren¹ - letzteres gilt aber nur dann, wenn eine schuldrechtliche Verpflichtung des Organmitgliedes besteht, nicht umgekehrt.

Dem steht auch nicht entgegen, daß bei den Personalgesellschaften eine Zweckbindung der Gesellschafter in Geschäftsführungsangelegenheiten bejaht wird².

Dort bestehen wegen der Verpflichtung zur Tätigkeit bei der rechtlichen Begründung auch keine Schwierigkeiten, da die Gesellschafter sich gegenseitig durch schuldrechtlichen Vertrag verpflichtet haben. -

Die Zweckbindung folgt dort also aus der schuldrechtlichen Vereinbarung, nicht umgekehrt.

Eine Pflicht zur Ausübung organschaftlicher Rechte kann aus dem Gesellschaftszweck nicht abgeleitet werden; allenfalls kann gefragt werden, ob umgekehrt die Ausübung dieser Aufgaben durch den Gesellschaftszweck inhaltlich gebunden ist - dies ist aber bei der hier in Frage stehenden Problematik ohne Interesse.

1) Bartholomeyczik, AcP 144, 293; zustimmend
Zöllner S. 7

2) s.z.B. Gogos S. 22, 41 f; Schlegelberger-Geßler
§ 115, 7, 8; RGRK-Fischer § 709, 6

3) Zwischenergebnis

Es kann festgehalten werden, daß eine Verpflichtung zum Tätigwerden des in die Organstellung berufenen Organmitgliedes nur aus einer besonderen schuldrechtlichen Vereinbarung zwischen dem Berufenen und der juristischen Person hergeleitet werden kann. Allein die Berufung in die Organstellung kann diese Verpflichtung nicht begründen.

V Die Notwendigkeit der Pflichtbindung des
Organmitgliedes und die Monistische Theorie

Aus der aufgezeigten besonderen Grundbeziehung zwischen Organmitglied und juristischer Person folgt, daß eine schuldrechtliche Verpflichtung des Organmitgliedes notwendig ist; ob eine solche Verpflichtung erfolgt oder nicht, kann nicht in das Belieben der juristischen Person gestellt sein.

Damit ist auch eine Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung innerhalb der Dualistischen Theorie hergestellt und zwar insoweit, als diese eine Annahme der Bestellung fordert¹. Die Forderung nach Annahme der Bestellung beruht allerdings auf ungenauer juristischer Diktion, denn gemeint sein kann nur die Vereinbarung einer Verpflichtung zum Tätigwerden. Die Berufung in das Amt, die Bestellung, bedarf ebenso wie die Vollmachtserteilung als einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung keiner Annahme.

Daraus folgt: Wird das Organmitglied bestellt und "nimmt es das Amt an", so liegt in letzterem der Abschluß der schuldrechtlichen Verpflichtung, der Abschluß des Anstellungsvertrages. Die Annahme

1) s. dazu o.S. 9 unter Fußn. 6 ff

braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, der Verpflichtungsvertrag kann auch konkludent durch ein Tätigwerden des bestellten Organmitgliedes zustande kommen. Erforderlich ist aber, daß mit der Bestellung zum Organ ein solcher Verpflichtungsvertrag geschlossen wird. Die Wirksamkeit der Bestellung ist somit, aufgrund der Stellung des Organmitgliedes als notwendiger Vertreter, bedingt durch den Abschluß der schuldrechtlichen Verpflichtung.

Ist aber die Verpflichtung des Organmitgliedes erforderlich, dann stellt sich die Frage, auch im Hinblick darauf, daß in der Rechtsanwendung der beiden Theorien kein Unterschied feststellbar ist, ob nicht doch der Dualistischen Theorie der Vorzug zu geben ist.

Auf die Begründung durch v. Godin und die von ihm dargestellten Vorzüge der Monistischen Theorie wird verwiesen¹. Es kann auch akzeptiert werden, daß rechtstatsächlich eine Trennung von Organstellung und Verpflichtungsvertrag "gekünstelt" wirkt².

Auch die de lege lata durchgeführte Trennung im Gesetz steht der Monistischen Theorie nicht entgegen. Man kann mit Wiedemann³ der Ansicht sein, daß in dem Fall, in dem "die Rechtsform von der Wirklichkeit, dem Leben gestaltet wird", es "wenig sinnvoll ist, mit einem abstrakten Schema Rechtsinstitute erfassen zu wollen, ganz gleich, ob man dieses System dem Gesetz entnimmt oder ob es allgemeingültiger Art sein soll".

Einer solchen, wenn auch rechtstatsächlich vertretbaren Meinung, stehen aber ganz erhebliche Bedenken entgegen.

Trotz aller Kritik an der Laband'schen Trennung von Vertretungs- und Verpflichtungs-, von Außen- und

1) S.o.S. 23, 48 ff

2) S.o.S. 50

3) Übertragung S. 265

Innenverhältnis, hat sich die Trennung in der Rechtspraxis bewährt. Die Gegenmeinungen haben bisher noch nicht nachweisen können, daß die Trennung überflüssig sei, z.B. dadurch, daß der Schutz des Rechtsverkehrs anders als durch die Trennung von Innen- und Außenverhältnis gewährleistet werden könne. Auch haben die Ausführungen zur Monistischen Theorie gezeigt, daß diese ebenfalls bei der Rechtsanwendung in einzelnen Fällen nicht ganz ohne einen Rückgriff auf die Trennung auskommen kann.

Zudem ist zutreffend, daß "die Lehre von der Abstraktion der Vollmacht sich nur als ein Teil einer umfassenden Abstraktion erweist, mit deren Hilfe wir zu einer einheitlichen Auffassung der rechtlichen Natur gewillkürter und gesetzlicher Stellvertretung gekommen sind"¹. Dies wurde in dieser Arbeit bestätigt. Wird von einer Gleichartigkeit der Vertretung ausgegangen, so kann eine einseitige und isolierende Betrachtungsweise dadurch vermieden werden, daß man die verschiedenen Grundbeziehungen zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem, Organmitglied und juristischer Person mehr beachtet und in den Vordergrund stellt. Die Aussage, daß "die Frage nach den sozialen Grundformen, in denen ein Handeln mit unmittelbarer Wirkung für einen anderen erfolgt"², für die rechtliche Würdigung der Stellvertretung unerheblich ist, behält ihre Richtigkeit. Die Herausarbeitung des Instituts der Stellvertretung ohne Berücksichtigung des Abhängigkeitsverhältnisses - und dies zeigt auch die Übernahme dieser

1) Ballerstedt, AcP 151, 501 ff, 516

2) Ballerstedt a.a.O.

Lehre in ausländische Kodifikationen¹ - hat zu einer dogmatisch sauberen und in der Rechtspraxis gut anwendbaren Lösung geführt.

Es wäre schon "dogmatisch ein Rückschritt, wollte man die auf diese Weise gewonnene Freiheit der rechtlichen Würdigung und der systematischen Geschlossenheit der Stellvertretungslehre wieder preisgeben"².

Eine dogmatisch einwandfreie Lösung läßt sich erzielen, wenn nicht eine besondere Lehre von der Gestaltung der Vertretung im Körperschaftsrecht zugrundegelegt, sondern beachtet wird, daß die Grundbeziehungen zwischen dem Organmitglied und der juristischen Person von denen des Vertreters und der bevollmächtigenden Privatperson verschieden sind. Aus diesem Unterschied müssen die verschiedenen Schlußfolgerungen gezogen werden, in dieser Arbeit eben die Folgerung der Notwendigkeit des Abschlusses einer schuldrechtlichen Verpflichtung zwischen zu bestellendem Organmitglied und juristischer Person.

Im Körperschaftsrecht hat diese Lösung weiterhin den Vorteil, daß die von der "Grundtypenmischung ausgehende Auflösung überkommener Ordnungsvorstellungen"³ nicht ins Uferlose führt. Bei dem heutigen Meinungsstand über die Ausgestaltung des Körperschaftsrechts, man denke an die personalistische oder kapitalistische GmbH und KG, an die GmbH & Co KG oder an das "ins Wanken gebrachte Prinzip der Selbstorganschaft bei den Personengesellschaften"⁴, kann mit dieser Lösung zumindest das Institut der Stellvertretung weiterhin unverändert beibehalten werden. Alle anderen Besonderheiten, gleich welche Gesellschaftsformen, auch im

1) s.o.S. 79 Fußn. 3

2) Ballerstedt a.a.O.

3) H.P. Westermann S. 6

4) H.P. Westermann a.a.O.; s.dazu auch Hess,

Drittorganschaft S. 49 ff; Bürck, Selbstorganschaft

Hinblick auf die Praxis, die Zukunft noch erbringen mag, können aus der besonderen Ausgestaltung der verschiedenen Grundverhältnisse abgeleitet werden.

Daher ist auch der Monistischen Theorie, und damit einer Änderung der Stellvertretungslehre speziell für das Recht der juristischen Personen des Handelsrechts, die Anerkennung zu versagen.

Zusammenfassende Darstellung der Ergebnisse

1. Die Dualistische Theorie unterscheidet bei den Organmitgliedern juristischer Personen des Handelsrechts zwischen dem Akt der Bestellung als der Berufung in das Amt und dem Anstellungsvertrag als schuldrechtlicher Verpflichtung.

Trotz der Vielzahl der Meinungen, die zur Rechtsnatur und zur Rechtsfolge der Bestellung vertreten werden, besteht Einigkeit darüber, daß eine Annahme oder Zustimmung des zu Bestellenden deshalb erforderlich sei, weil der zu Bestellende in ein mit unabdingbaren Pflichten versehenes Amt eintrete.

Die Meinung, nach der die Annahme oder Zustimmung nicht erforderlich sein soll, läßt die mit dem Amt verbundenen Pflichten spätestens zum Zeitpunkt der tatsächlichen Amtsausübung beginnen. Nur diejenigen, die die Bestellung mit der Erteilung der Vollmacht vergleichen, verzichten auf das Erfordernis der Annahme oder Zustimmung.

Bei dem Anstellungsvertrag handelt es sich um einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat. Der Bestellte wird verpflichtet, von der ihm durch den Bestellungsakt übertragenen Organmacht Gebrauch zu machen. Das Vorstandsmitglied ist jedoch kein Arbeitnehmer, sondern hat eine arbeitgeberähnliche Stellung inne.

Ob der Abschluß eines Anstellungsvertrages erforderlich ist oder nicht, ist umstritten. Teils wird argumentiert, daß Organstellung und Anstellungsvertrag untrennbar miteinander verbunden seien, teils wird davon ausgegangen, daß die Organstellung auf dem Anstellungsvertrag beruhen könne, aber nicht müsse. Einigkeit besteht aber wiederum dahingehend, daß in den Fällen, in denen ein Anstellungsvertrag abgeschlossen wurde, beide Akte trotz

ihrer rechtlichen Verschiedenheit im Einklang miteinander stehen müssen, da sie nur zwei verschiedene Seiten eines wirtschaftlichen und sozialen Vorganges darstellten.

Die Notwendigkeit der Unterscheidung ergebe sich daraus, daß beide Rechtsverhältnisse verschiedene Rechtsfolgen, insbesondere bei der Abberufung des Vorstandsmitglieds aus dem Amt, hervorriefen.

2. Die Monistische Theorie geht von einem einheitlichen Bestellungsrechtsverhältnis aus, in welchem alle rechtlichen Beziehungen zwischen Vorstandsmitglied und juristischer Person geregelt sind. Soweit dieses Verhältnis aber dem Dienstverhältnis ähnlich ist, werden die entsprechenden Vorschriften des BGB hilfsweise und sinngemäß für anwendbar erklärt.

3. Schon aus einem Vergleich der beiden Theorien ergibt sich, daß diejenigen Vertreter der Dualistischen Theorie, die einen Anstellungsvertrag für notwendig halten, sich in ihrer Meinung stark der Monistischen Theorie annähern, da die Monistische Theorie umgekehrt auch auf schuldrechtliche Elemente des Bestellungsrechtsverhältnisses Rücksicht nehmen muß.

Bei einem Vergleich der beiden Theorien ergibt sich, daß hinsichtlich der Dauer des Bestellungsrechtsverhältnisses einerseits und der Dauer von Bestellung und Anstellungsvertrag andererseits kein Unterschied feststellbar ist. Als Ergebnis der Untersuchung der Probleme des Beginns und der Überschreitung der Fünfjahreshöchstfrist, der unbestimmten Dauer, der wiederholten Bestellung und der Verlängerung der Amtszeit, der Verlängerungs-

klausel im Anstellungsvertrag und der Vereinbarung einer Bedingung kann festgehalten werden, daß auch für die Anhänger der Dualistischen Theorie eine unterschiedliche Dauer von Bestellung und Anstellung nicht in Frage kommt. Auch bei dem Widerruf der Bestellung ist in der praktischen Rechtsanwendung kein Unterschied zwischen Monistischer und Dualistischer Theorie festzustellen.

Soweit sich die Vertreter letzterer Theorie auf "unhaltbare Ergebnisse", insbesondere auf den Verlust der Gehaltsansprüche des Vorstandsmitgliedes bei dem Widerruf der Bestellung berufen, findet dieses Ergebnis in der Anwendung der strengen Unmöglichkeitstheorie durch v. Godin seine Begründung. Die Anwendung der strengen Unmöglichkeitstheorie ergibt sich aber nicht notwendigerweise aus der rechtlichen Konstruktion der Monistischen Theorie. Zu demselben Ergebnis kämen auch die Vertreter der Dualistischen Theorie, die die Notwendigkeit des Abschlusses eines Anstellungsvertrages bejahen, bei Anwendung der durch v. Godin angewandten Vorschriften. Das unterschiedliche Ergebnis folgt allein aus der Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften entweder über den Verzug oder über die Unmöglichkeit.

Auch bei den sonstigen Beendigungsgründen (Tod, Ablauf der Amtszeit, Auflösung und Konkurs der Gesellschaft, Unfähigkeit und Anfechtung) ist bei der Rechtsanwendung zwischen beiden Theorien kein Unterschied feststellbar. Beide Theorien kommen zu denselben Ergebnissen. Dabei kann einerseits die Monistische Theorie nicht umhin, trotz einheitlichem Bestellungsverhältnis auf dienstvertragliche Elemente zurückzugreifen, diese gesondert zu behandeln und damit in eine rechtliche Trennung von Bestellung und Anstellungsvertrag

zurückzufallen. Andererseits kann die Dualistische Theorie nicht umhin, einen wie auch immer gearteten Zusammenhang zwischen Bestellung und Anstellungsverhältnis zu konstruieren.

4. Von diesem Ergebnis des ersten Teils ausgehend, wurde in einer vergleichenden Darstellung unter Mitberücksichtigung der Personalgesellschaften des Privatrechts versucht, die beiden Theorien in die Systematik der Lehre von der Stellvertretung einzuordnen. Dies deshalb, weil der Kern der Auseinandersetzung der beiden Theorien in der Frage liegt, in welcher rechtlichen Beziehung Außen- und Innenverhältnis zueinander stehen. Dieser Streit hat die Literatur schon unter dem Schlagwort der "Abstraktion der Vollmacht" beschäftigt.

Als Ergebnis dieser Untersuchung kann festgehalten werden, daß trotz heftiger Angriffe in der Literatur die Laband'sche Lehre von der Abstraktheit der Vollmacht nicht erschüttert worden ist. Gleichzeitig wurde aufgezeigt, daß eine trennende und damit isolierende Betrachtungsweise den Zusammenhang verschleiern, der zwischen Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis besteht. Bei der vergleichenden Untersuchung der Ausgestaltung der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht des Bürgerlichen Rechts und der Ausgestaltung des Außenverhältnisses im Recht der Körperschaften - und zwar unabhängig von einem möglicherweise vorhandenen Innenverhältnis - ergibt sich, daß zwischen der Vertretung eines Einzelnen durch einen Bevollmächtigten und der Vertretung einer juristischen Person durch ein Organmitglied rechtlich kein Unterschied besteht.

Verschieden ausgestaltet sind nur die Innenverhältnisse zwischen Bevollmächtigtem und Vollmachtgeber einerseits, Organmitglied und juristischer Person andererseits. Bei der Vollmacht Bürgerlichen Rechts ist eine Verpflichtung des Bevollmächtigten zum Tätigwerden nicht notwendig. Bei der juristischen Person ergibt sich diese Notwendigkeit einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Organmitgliedes aus der Notwendigkeit der Vertretung und der mangelnden Möglichkeit, den Wirkungskreis des Organmitgliedes nach außen zu beschränken.

Diese notwendige schuldrechtliche Verpflichtung beruht auf einem gesondert abzuschließenden Vertrag zwischen Organmitglied und juristischer Person. Die Untersuchungen haben gezeigt, daß allein der organisatorische Akt der Bestellung eine solche gesonderte schuldrechtliche Verpflichtung nicht begründen kann.

Trotz der Notwendigkeit der schuldrechtlichen Verpflichtung des Organmitgliedes, der Abhängigkeit der Wirksamkeit der Bestellung von dem schuldrechtlichen Innenverhältnis und umgekehrt, ist der Dualistischen gegenüber der Monistischen Theorie der Vorzug zu geben, denn alle Besonderheiten der Beziehungen zwischen Organmitglied und juristischer Person können allein aus dem Innenverhältnis abgeleitet werden. Da die Dualistische Theorie auch bei juristischen Personen dogmatisch sauber die Aufrechterhaltung eines einheitlichen Begriffs der rechtsgeschäftlichen Vertretung ermöglicht, ist sie darüber hinaus auch in der rechtstechnischen Anwendung praktikabler.

L e b e n s l a u f

Am 1.3.1943 wurde ich, Wolfgang Georg Mack, als Sohn des Industriekaufmanns Wilhelm Mack und seiner Frau Maria, geb. Schaffner, in Frankfurt am Main geboren.

In Rüsselsheim besuchte ich von 1950 bis 1954 die Volksschule und anschließend bis Ostern 1960 das Gymnasium. Ab Ostern 1960 besuchte ich das Prälat-Diehl-Gymnasium in Groß-Gerau, an dem ich im März 1964 die Reifeprüfung ablegte.

Von 1964 bis 1969 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Heidelberg und Mainz. Im März 1969 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt beim Ministerium der Justiz in Mainz die erste juristische Staatsprüfung.

Den juristischen Vorbereitungsdienst begann ich im Frühjahr 1969. Im Juli 1973 legte ich vor dem Justizprüfungsamt in Mainz die große juristische Staatsprüfung ab.

Seit 1. August 1973 bin ich bei einem industriellen Bundesverband als Jurist tätig.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 6. Februar 1974 statt.

